شرح مختصر الطحاوي في الفقه الحنفي

للإمام بهاء الدين علي بن محمد بن إسماعيل بن علي
الإسبيجابي السمرقندي
(٤٥٤ - ٥٣٥هـ)

تحقيق د. عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن
الأستاذ بقسم الشريعة الإسلامية
كلية الآداب والعلوم الإنسانية
بجامعة الملك عبد العزيز بجدة

الجزء الثالث

دار الرياحين
مؤسسة الريان

شرح مختصر الطحاوي
في الفقه الحنفي

الطبعة الأولى ١٤٤٣هـ - ٢٠٢١م

ردمك: 9786148011344

9 786148 011344

عمان - الأردن

جـــوال: 00962790474491

darlrayaheen.jo@gmail.com

بيروت - لبنان

هـاتـف وفـاكـس: 009611660162

جـــوال: 009613602762

dar.alrayaheen@gmail.com

دار الرياحين

مؤسسة الريان

للطباعة والنشر والتوزيع

بيروت - لبنان: 009613207488

ص.ب: 14/5136

الرمز البريدي: 11052020

البريد الإلكتروني: alrayanpub2011@gmail.com

الموقع الإلكتروني: www.alrayanpub.com

شرح مختصر الطحاوي في الفقه الحنفي

للإمام بهاء الدين علي بن محمد بن إسماعيل بن علي
الإسبيجابي السمرقندي
(٤٥٤ - ٥٣٥هـ)

تحقيق د. عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن
الأستاذ بقسم الشريعة الإسلامية
كلية الآداب والعلوم الإنسانية
بجامعة الملك عبد العزيز بجدة

الجزء الثالث

دار الرياحين
مؤسسة الريان

بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ الإِقْرَارِ[1]

[القَوْلُ: قَوْلُ المُقِرِّ]

قال أبو جعفر: (**وإذا أَقَرَّ الرجل فقال: لفلان عَلَيَّ شيء، ثم قال: هو كذا لشيء ذكره، لم يلزمه غيره**)[2].

الأصل: أن جهالة المقر له تمنع صحة الإقرار، نحو أن يقول: لزيد عليَّ ألف درهم، فلا يَصِحُّ الإقرار؛ لأن زيداً في الدنيا كثير، إلا أن يُعَيِّن.

وكذلك جهالة المقر تمنع صحة الإقرار أيضـًا، نحو أن يقول [رجلان] لرجل: لك على أَحَدِنَا ألف؛ لأن المقضىٰ عليه مجهول، وجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار، والبيان في ذلك إلى المُقِرِّ؛ لأنه هو المحمل، فإليه بيانه، فإن بَيَّن شيئـًا ينظر: إن كان ذلك الشيء مما لا يثبت [دينًا] في الذمة، فلا تقبل منه، نحو أن يقول: عنيت [به] حق الإسلام، أو كفًّا من التراب أو غيره، وإما إذا بَيَّن شيئـًا يثبت ذلك دينـًا في الذمة، صَحَّ إقراره وبيانه قَلَّ ذلك أو كَثُر، نحو أن يُبَيِّن أنه حَبَّةٌ، أو فِلْسٌ، أو جَوْزَةٌ وما أشبه ذلك.

---

(١) الإقرار لغةً: مشتق من قرّ الشيء إذا ثبت، وقيل: هو ضد الجحود.

وشرعًا: (هو إخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه، وليس بإثباته)، كما في أنيس الفقهاء ص٢٤٣.

وفصّل في الجوهرة: (عبارة عن إخبار عن كائن سابق، وإظهار لما وجب بالمعاملة السابقة، لا إيجاب ولا تمليك مبتدأ)، ص ٣٢٠.

(٢) مختصر الطحاوي ص١١٣.

ثم المُقَرُّ له لا يخلو: إما أن يصدقه في بيانه وادَّعىٰ عليه زيادة، أو يكذبه [في بيانه] ويدعي [عليه] مالاً آخر، إما إذا صَدَّقَه [في بيانه] وادعىٰ [عليه] زيادة، أخذ منه ما بين [له]، وله أن يحلفه على الزيادة، أو يقيم عليه البينة، وإن ادعىٰ عليه دينًا آخر ورد عليه إقراره، واستأنف الدعوىٰ، بطل ما بيّن؛ لأن الإقرار إذا ورد عليه الرد بطل، وعليه البينة على ما يدعيه أو يحلفه(١).

وكذلك لو كان ما أقر به معلوم الجنس، والقدر، مجهول الوصف، فبيان الوصف إليه.

[الِاسْتِثْنَاءُ فِي الإِقْرَارِ]

قال: (ولو قال له: عليّ عشرة دراهم إلا سبعة، لم يلزمه إلا ثلاثة دراهم)(٢).

الأصل في هذا: أن الاستثناء على ضربين: استثناء تعطيل، واستثناء تحصيل، وكلاهما مما لا يصح مفصولاً، وإذا كان موصولاً، فإن استثناء التعطيل يبطل حكم الكلام، وصار كأنّه لم يتلفظ به، وهو أن يقول: إن شاء الله تعالىٰ، وما شاء الله تعالىٰ، أو قال: إن لم يشاء الله تعالىٰ.

وأما استثناء التحصيل، فألفاظ مستعملة في الكتب ثلاثة: إلاّ، وغير، وسِوىٰ، وإنما يصح هذا الاستثناء بشرط أن يحصل شيء من إقراره بعد الاستثناء، فيصير متكلمًا على الحاصل بعد الاستثناء، نحو أن يقول: لفلان عليّ عشرة دراهم إلا

---

(١) (والدليل عليه: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (البَيِّنَة على المُدَّعِي، واليمين على المُدَّعىٰ عليه)، فجعل القول: قول المدَّعَىٰ عليه؛ من حيث كان بريء الذمة في الظاهر من حق الغير، وجَعل على المدعي خلاف الظاهر: البينة.

وكذلك المقرَّ له مدَّع للزيادة التي لَمْ يُتَيَقَّنْ دخولها في إقرار المقر، فكان القول فيها قول المقر مع يمينه، وعلى المدَّعِي البينة). شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٩٤.

(٢) مختصر الطحاوي ص١١٣.

تسعة، لزمه درهم واحد، كأنه قال: له عَليّ درهم، وللدرهم اسمان: درهم، وعشرة دراهم إلا تسعة، هذا في ظاهر الرواية(١).

وروي عن أبي يوسف أنه قال: استثناء أكثر المسمىٰ لا يَصِحُّ، ولزمه جميع العشرة، ولو قال: له عليّ عشرة دراهم إلا عشرة، فالاستثناء باطل، ويلزمه جميع العشرة؛ لأن هذا رجوع، وليس باستثناء؛ لأنه لم يحصل من إقراره شيء، والرجوع عن الإقرار باطل، هذا إذا كان الاستثناء من جنس لفظ المستثنىٰ منه.

[الاِسْتِثْنَاءُ فِي خِلَافِ جِنْسِ المُسْتَثْنَىٰ عَنْه]

وإن كان الاستثناء من خلاف جنس لفظ المستثنىٰ عنه، صَحّ الاستثناء، وإن أتىٰ على جميع المُسَمَّىٰ، نحو أن يقول: نسائي طوالق إلاّ هؤلاء، وليس له نساء غيرهنّ، لا يصح الاستثناء، ولم تطلق واحدة منهنّ، وقيل: هذا إذا كنّ دون الأربع، فأما إذا كنّ أربعًا، فلا يَصِحُّ الاستثناء، وطُلِّقْنَ؛ لأنه لا يتصور استثناء غيرهنّ، فصار كما لو قال: نسائي طوالق، إلاّ نسائي، لم يصح الاستثناء، وطلقن كلهنّ، وكذلك لو قال: عبيدي كلهم أحرار إلاّ عبيدي، لم يصح الاستثناء، وعتقوا كلهم.

ولو قال: عبيدي أحرار إلاّ هؤلاء، وليس له عبيد غير هؤلاء، لم يعتق واحد منهم.

ولو قال: أوصيت بثُلُث مالي إلاّ ألف درهم، ومات، وثلث ماله ألف درهم، صحّ الاستثناء، وبطلت الوصيّة.

---

(١) (والدليل على ذلك: أن المعقول بكل واحد منهما من القولين، هو المعقول بالآخر، ألا ترىٰ إلى قوله تعالىٰ: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾ [العنكبوت: ١٤]، عُقِلَ منه ما يُعقَل من قوله لو قال: تسعمائة وخمسين)، كما قال الجصاص في الشرح ٣/ ٢٩٤.

ولو قال: أوصيت بثُلُثٍ إلا ثُلُث مالي، لم يصح الاستثناء، وكان للموصىٰ له: ثُلُث ماله.

[الاِسْتِثْنَاءُ مِن المُسْتَثْنَىٰ]

قال: (**ولو قال: لفلان عليّ عشرة دراهم إلا ثلاثة دراهم إلاّ درهمًا، لزمه ثمانية دراهم**)(١)؛ لأنه استثنىٰ درهمًا من الثلاثة المستثناة، فبقي درهمان، ثم استثنىٰ درهمين من العشرة، فلزمه ثمانية، والاستثناء من المستثنىٰ إلحاق بالمستثنىٰ منه، فالمستثنىٰ منه كأنه سبعة، فألحقنا درهمًا، فصارت ثمانية دراهم، وهذا كله كما قال الله عز وجل: ﴿إِلَّآ ءَالَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمۡ أَجۡمَعِينَ ۝٥٩ إِلَّا ٱمۡرَأَتَهُۥ﴾ [الحجر: ٥٩]، استثنىٰ آل لوط من المهلكين، واستثنىٰ امرأة لوط من آله، فألحقناها بالمهلكين.

ولو قال: له عليّ عشرة دراهم إلا سبعة دراهم، إلا خمسة دراهم، إلا ثلاثة دراهم، إلا درهمًا، فإنك تنظر إلى المستثنىٰ الأخير: وهو درهم مستثنية من الذي يليه: وهو ثلاثة دراهم، فيبقىٰ درهمًا، ثم يستثنىٰ الباقي: وهو درهمان من الذي يليه: وهو خمسة فيبقىٰ منها ثلاثة ثم يستثنىٰ الباقي، وهو أربعة مما أَقَرّ به، فيبقىٰ ستة دراهم، فيلزمه ذلك، وكذلك هذا إذا دخل الاستثناء في الاستثناء وإن طال](٢).

[الاِخْتِلاَف فِي حُلُولِ المَالِ]

قال: (ولو قال: له عَلَيَّ عشرة دراهم إلى شهر، وقال المُقَرُّ له: بل هي حالَّة [لي عليه] كان القول: قول المُقَرِّ له [مع يمينه بالله عز وجل على ما يَدَّعي المُقِرُّ

---

(١) تكملة العبارة: (كأنه قال: لَهُ عَلَيّ عشرة دراهم إلّا ثلاثة دراهم غير درهم)، مختصر الطحاوي ص١١٣.

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ، تساوي قدر لوحة من المخطوطة، وزيدت من نسخة م.

من الأجل، إن طلب ذلك المقر][1]؛ لأنه أقرّ وادّعَى الأجل، فإقراره صحيح، ودعواه الأجل باطل، [إلا إذا صَدَّقه المُقَرُّ له في الأجل، أو أقام البيّنة على ذلك، أو حلفه فنكَلَ][2]، (ولو قال: كفلت لك بعشرة دراهم إلى شهر، وقال المُقَرُّ له: إنه كفل هذه حالّة)[3]، القياس: أن يكون القول: قَوْلُ المُقَرِّ لَهُ كالمسألة الأولى، وبه أخذ أبو يوسف، وفي الاستحسان: القول قول المُقِرِّ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأنه ادَّعىٰ موضوع الكفالة؛ لأن الكفالة عند الناس في الغالب إنما تكون مُؤَجَّلَةً، فكذلك صُدِّقَ [في الأَجَلِ] في دعواه / الأَجَل. [١٧٧-أ]

[الِاسْتِثْنَاءُ بَعْدَ السُّكُوتِ فِي الإِقْرَارِ]

قال: (ولو قال: لَه عَلَيَّ عشرة دراهم وسكت، ثم قال: إلا درهماً، كانت عليه عشرة، واستثناؤه [بعد السكوت باطل])[4]؛ لأنه لما سكت أعطىٰ لكلامه حكم الصحة[5]، فلا يملك إبطاله بالاستثناء[6]، ألا ترىٰ لو قال بعد السكوت: إن شاء الله، لا يبطل إقراره، ولو قال: لفلان عَلَيَّ كُرُّ حنطة، وكُرُّ[7] شعير إلا كر حنطة وقفيز شعير، فإن استثناء الكر من الحنطة باطل بالإجماع؛ لأنه استثنىٰ جميع المسمّىٰ،

---

(١) مختصر الطحاوي ص١١٣.

(٢) (... كمن أقَرَّ لرجل بدار في يده، وادّعىٰ أنه آجرها منه، أو رَهَنَها إيّاه، فلا يصدق إلا بِبَيِّنَة). شرح المختصر ٣/ ٢٩٥.

(٣) وفي المختصر: (بل كفلت لي بها حالة)، مختصر الطحاوي ص١١٣.

(٤) المصدر السابق نفسه.

(٥) وفي المختصر (لأنه لم يصله بإقراره).

(٦) وعلّل ذلك الجصاص في الشرح: (وذلك لأن الاستثناء إذا لم يكن موصولًا بالجملة، انفرد عن حكمها، وثبت حكم الجملة معفواً منها ما تضمنته من المال؛ لأن قوله: له عَلَيَّ عشرة، إذا سَكَت عليها، يلزمه العشرة، فإذا قال بعد لزومها: إلاّ درهماً، كان ذلك رجوعاً عمّا لزمه، ولم يكن استثناءً)، ٣/ ٢٩٦.

(٧) (الكُرُّ: مكيالٌ لأهل العراق، أو ستون قفيزاً، أو أربعون إردَبًّا)، المعجم الوسيط (كر).

ويبطل استثناء القفيز من الشعير أيضاً في قول أبي حنيفة؛ لأنه لمّا لغا استثناء كر الحنطة صار كسكتة، ولو سكت ثم استثنىٰ قفيز شعير، لم يَصِح، وعندهما يَصِحُّ؛ لأن الكلام موصول.

وكذلك هذا الاختلاف إذا قال لعبده: أنتَ حُرٌّ وحُرٌّ إن شاء الله تعالىٰ، عتق [العبد]، ولغا الاستثناء في قول أبي حنيفة؛ لأن تكرار لفظ التحرير لغو، فصار كسكتة، سكت ثم قال: إنْ شاء الله، وعندهما: لا يعتق العبد؛ لأن الكلام موصول.

[الإِقْرَارُ بِالجَمْعِ بَيْنَ شَيْئَيْنِ]

[(ولو قال: له عليّ عشرة [و]درهم، كانت عليه عشرة دراهم ودرهم)(١)، وهذا جواب الاستحسان، وفي القياس: يلزمه درهم واحد، والبيان إليه في عشرة].

قال: (**ولو قال: لفلان عليّ عشرة ودرهمان، لزمته اثنا عشر درهمًا**)(٢) استحساناً، ولو قال: [له] عشرة وثلاثة دراهم، يلزمه ثلاثة عشر درهمًا قياساً واستحساناً، وكذلك لو قال: [له عليَّ] عشرة [ودينار، أو] ديناران فهو على هذا [التفصيل].

وكذلك لو عطف على العشرة واحداً أو اثنين من الكيلي، أو الوزني، أو العددي المتقارب، يكون بياناً، ويلزمه الكل من ذلك الجنس استحساناً، ولو عطف على العشرة ثلاثة منها، يكون بياناً في قولهم جميعاً(٣).

---

(١) ساقطة من أ، والمثبت من م، والمختصر المطبوع ص١١٣؛ وفي متن الشرح: (كانت عليه أحد عشر درهماً) ٣/ ٢٩٦.

(٢) لم أجد العبارة هذه في المختصر.

(٣) ووضّح ذلك الجصاص بقوله في الشرح: (وكذلك هذا في كل مكيل، أو موزون، أو معدود؛ لأن جميع ذلك يثبت في الذمة بنفسه، ألا ترىٰ أن على مستهلِكِهِ مثله في ذمته)، ٣/ ٢٩٧.

(ولو قال: لفلان علي عشرة وثوب)(١)، أو عشرة وثوبان، لزمه الثوب، أو الثوبان، والبيان في العشرة [إلى المُقِرِّ](٢)، وكذلك لو عطف على العشرة المبهمة واحداً من العددي المتقارب، أو اثنين منها، فالجواب على ما ذكرنا(٣)، ولو عطف على العشرة ثلاثة منها، نحو أن يقول: له عليَّ عشرة وثلاثة أثواب، أو ثلاثة أغنام، أو ما أشبه ذلك، يكون بياناً للعشرة في قولهم جميعاً، ويلزمه الكل من ذلك الجنس(٤).

ولو قال: له عَلَيّ عشرة، فالبيان إليه إن قال: دراهم، أو دنانير، أو جَوْز، أو فِلْس، كان القول قوله على ما ذكرنا في أول هذا الكتاب [لأنه] إذا قال: لفلان علي شيء، فإن البيان إليه.

[الِاسْتِدْرَاكُ فِي لَفْظِ الإِقْرَارِ]

قال: (ولو قال: له علي درهم لا بل دينار، يلزمه الدرهم والدينار إذا ادّعىٰ المُقَرُّ له كلاهما)(٥)؛ لأنه أقرَّ بالدرهم ثم رجع وأقر بالدينار، فإقراره بالدينار صحيح، هذا إذا كان [ذكر] بعد [كلمة] لا، بل، من خلاف جنس الأول، نحو أن يقول: له عَلَيّ كُرّ حنطة، لا بل شعير، وما أشبه ذلك، لزمه كلاهما.

---

(١) وفي المختصر زيادة توضيح (... وكان القول قوله في العشرة، أيِّ عشرة هي، ومن أيّ صَنْفٍ هي، فما أَقَرَّ به من ذلك، كان القول قوله فيه مع يمينه، على خلافه إذا ادّعاه المُقَرُّ له، وطلب يمينه عليه) ص١١٣.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١١٣.

(٣) في المختصر: (كان له عليه: ثلاثة عشر ثوباً).

(٤) قال الجصاص موضحاً العلة: (وذلك لأن قوله: (له عليه عشرة)، يقتضي ثبوت شيء في ذمته، والثوب مما لا يصح ثبوته في ذمته بنفسه؛ لأن مستهلِكَه لا يلزمه مثله، وإنما يُلزم قيمته، وليس ذكر الثوب في ذلك عبارة عن عدد ....، فلم يكن في اللفظ دلالة على أن العشرة من جنس الثوب؛ لاختلاف حكمهما في ثبوتهما في الذمة)، ٣/ ٢٩٧.

(٥) وعبارة المختصر (إذا طلبها المقر له وادعاهما عليه)، ص ١١٣.

وأما إذا قال بعد [كلمة] لا، بل، من جنس الأول، نحو أن يقول: (لفلان عَلَيَّ درهم لا بل درهمان)(١).

والمُقَرُّ له يَدَّعي ثلاثة، القياس: أنْ يلزمه الكل كما [ذكرنا فيما] لو كانا من جنسين [مختلفين]، وهو قول زفر، وفي الاستحسان: يلزمه أكثرهما، وحمل كلمة (لا بل) على تدارك الغلط، والإخبار عمّا يقع فيه الغلط.

[ولو قال: لفلان عَلَيَّ كُرُّ حنطة، لا بل كُرَّان]، وكذلك لو قال: له عَلَيَّ ألف درهم سود لا بل بيض، يلزمه ألف [درهم] بيض، وإنما يلزمه أكثرهما في القدر أو الوصف.

ولو قال لعبد في يده: (هذا العبد لزيد، لا بل لعمرو)(٢)، أو قال: هو لزيد لا بل اغتصبه من عمرو، أو قال: هو لزيد لا بل أودعنيه عمرو، وادّعىٰ كل واحد منهما [أن] العبد [له]، ففي المسائل الثلاثة: يسَلَّم [العبد] إلى المُقَرِّ له أولاً [وهو زيدٌ]، ثم ينظر إن دفع [العبد] إلى الأول بقضاء القاضي، لم [يغرم](٣) لعمرو شيئًا، وإن دفع إليه بغير قضاء، غرمه لعمرو [قيمته]، وهذا إذا كان إقراره لعمرو مرسلاً(٤).

[١٧٧-ب] فإن كان إقراره له بالغصب غرم لعمرو قيمته / [سواء] سَلَّم إلى الأول بقضاء أو بغير قضاء.

ولو كان إقراره لعمرو بالوديعة، والدفع بقضاء، اختلفوا فيه: قال أبو حنيفة(٥):

(١) مختصر الطحاوي ص١١٤.

(٢) مختصر الطحاوي ص١١٤.

(٣) في أ (يضمن)، والمثبت من م، ويدل عليه السياق.

(٤) (وذلك لأنه قد اعترف على نفسه بفعل يلزمه به الضمان: وهو تسليمه إلى زيد مع إقراره بأنه لعمرو، وقد صُدِّق على نفسه فيما تضمنه إقراره من الضمان، ولا يُصَدَّق على زيد في إبطال ملكه). شرح المختصر ٣/ ٢٩٩.

(٥) في م هنا: ذكر (أبو يوسف)، بدل: (أبو حنيفة).

هذا [الفصل] وإقراره لعمرو مرسلاً سواء، وقال محمد: هذا الفصل وإقراره لعمرو بالوديعة والدفع بقضاء، اختلفوا فيه: قال أبو حنيفة: هذا وإقراره لعمرو مرسلاً سواء، وقال محمد: هذا الفصل وإقراره لعمرو بالغصب سواء، وقد ذكرنا[١].

[دُخُولُ الغَايَةِ فِيْ أَلْفَاظِ الإِقْرَارِ]

قال: (ولو قال: لفلان عَلَيّ من درهم إلى عشرة دراهم، كان عليه تسعة دراهم في قول أبي حنيفة[٢]، وفي قول أبي يوسف ومحمد: عشرة دراهم)[٣]، وفي قول زفر: يلزمه ثمانية دراهم، وكذلك لو قال: ما بين درهم إلى عشرة دراهم.

(ولو قال: لفلان عَلَيّ ما بين هذين الحائطين، فالحائطان [لا][٤] يدخلان في الإقرار في قولهم [جميعًا])[٥]، وكذلك لو وضع بين يديه عشرة دراهم مرتبة وقال: لفلان [عَلَيّ] ما بين هذا الدرهم إلى هذا الدرهم وأشار إلى الدرهمين من الجانبين، فالمقر به ثمانية في قولهم.

ولو قال: لفلان عَلَيّ من درهم إلى عشرة دنانير، أو قال: من دينار إلى عشرة دراهم: فأبو حنيفة جعل [الحَدَّ] الذي لا يدخل في أفضلهما، ويقول: عليه أربعة

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٩٩.

(٢) (الأصل في ذلك عند أبي حنيفة: أن الغاية قد تدخل في حال، ولا تدخل في أخرىٰ، فهي مشكوك فيها، وقد قدمنا فيما سلف: أنا لا نُلْزِم المُقِرَّ إلاّ ما تيقَّنَّا دخوله في إقراره، فلما كان الدرهم العاشر الذي هو الغاية مشكوكاً فيه، لم يدخل في إقراره.

والدليل على أن الغاية قد لا تدخل: قوله تعالىٰ: ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا۟ ٱلصِّيَامَ إِلَى ٱلَّيْلِ﴾ [البقرة: ١٨٧]، فلم يدخل اللَّيْل فيه)، كما قال الجصاص في الشرح ٣/ ٢٩٩؛ وانظر: خزانة الفقه ص٢٣١.

(٣) مختصر الطحاوي ص١١٤.

(٤) في أ (يدخلان) بالإثبات، وزيادة (لا) من م، والسياق يدل عليه.

(٥) وفي المختصر: (وليس له من الحائطين شيء في قولهم جميعًا)، ص١١٤.

دنانير، وخمسة دراهم، وقالا: يلزمه خمسة دراهم وخمسة دنانير، وقال زفر: يلزمه من كل جنس أربعة.

ولو قال: له عليه من عشرة دراهم إلى عشرة دنانير، يلزمه عشرة دراهم وتسعة دنانير، وكذلك لو قال: من عشرة دنانير إلى عشرة دراهم، قدّمه أو أخره، فهو سواء، وفي قولهما: يلزمه كله، وكذلك هذا الاختلاف في الوصية، والطلاق(١).

[الاستثناء من غير جنسه]

قال: (ولو قال: له عَلَيّ دينار إلا درهماً)(٢)، الاستثناء إذا كان من جنس ما أقرّ به، فإن الاستثناء صحيح في قولهم جميعاً، [إذا بقي من إقراره بعد الاستثناء شيء، وإن كان لا يبقىٰ، فالاستثناء باطل]، وإن كان الاستثناء من خلاف جنس ما أقر به القياس: أن لا يجوز الاستثناء، وهو قول محمد وزفر، وأما قول أبي حنيفة وأبي يوسف: ينظر إن كان مستثنىٰ كماله مثل المستثنىٰ منه، كذلك له مثل فهو(٣) كالاستثناء من جنسه: كالكيلي، والوزني، والعددي من المتقارب، نحو أن يقول: لفلان عليّ [ألف] دينار إلا درهماً، أو قال: (إلا قفيز حنطة، [أو إلاّ فِلْسًا] أو إلا مائة [جوزة])(٤)، فأما الاستثناء صحيح، ويطرح مما أقر به قدر قيمة ما استثنىٰ، [فإن كان قيمة ما استثنىٰ] تأتي على جميع ما أَقَرَّ به، لا يلزمه شيء(٥).

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٣٠٣، ٣٠٤.

(٢) وتكملة العبارة: (أو إلّا قفيز حنطة، أو إلّا فلساً، أو إلّا مائة جوزة، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا: عليه دينار إلا مقدار قيمة ذلك منه ...)، مختصر الطحاوي ص١١٤.

(٣) العبارة في م: (ينظر: إن كان ما استثنىٰ مما له مثل من جنسه).

(٤) مختصر الطحاوي ص١١٤.

(٥) واستدل لذلك الجصاص بقوله: (ويدل على ذلك قول الله تعالىٰ: ﴿فَسَجَدَ ٱلْمَلَٰٓئِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ ۝٣٠ إِلَّآ إِبْلِيسَ أَبَىٰٓ﴾ [الحجر: ٣٠، ٣١]، فاستثنىٰ إبليس من الملائكة، وليس من جنسهم؛ لجواز كونه من الساجدين، وإن لم يكن من جنس الملائكة المأمورين بالسجود، وكذلك ما وصفنا)، ٣/ ٣٠٤. انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٣٠٣.

ولو كان ما استثنىٰ مما ليس له مثل من جنسه نحو أن يقول: لفلان عَلَيّ دينار إلا ثوبـًا، أو إلاّ شاةً، لم يصح الاستثناء، ويلزمه جميع ما أَقَرّ به بالإجماع، فأبو حنيفة وأبو يوسف فَرَّقا بين المسألتين: ففي المسألة الأولى: ما أقر به يثبت دينـًا في الذمة، وما استثنىٰ كذلك، فقد [تجانسا] من هذا الوجه، ولا تجانس في المسألة الثانية من جميع الوجوه؛ فلذلك لم يصح الاستثناء [هاهنا]، وصَحَّ في [المسألة] الأولىٰ.

[الإِقْرَارُ بِهَلَاكِ الوَدِيْعَةِ، فيُقَالُ لَهُ بِخِلَافِهِ]

قال: (وإذا قال الرجل لرجل: أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت مني، وقال صاحب المال: [لا] بل أخذتها مني غصبـًا)[1]، فالقول: قول المُقَرِّ له مع يمينه على دعوىٰ المُقِرِّ في إيداعه إياه، والمُقِرُّ ضامن؛ لأن المقر لمّا أقر بالأخذ فقد أقرّ بالجناية؛ لأن أخذ مال الغير جناية في الأصل، ثم ادّعىٰ الإذن من صاحبه، وصاحبه منكر، فالقول قوله مع يمينه[2].

ولو قال المُقِرُّ: أخذتها منك وديعة، قال المُقَرُّ له: بل أقرضتكها، فالقول: قول المُقِرِّ ولا ضمان عليه، مع يمينه على دعوىٰ المقر له؛ لأنهما تصادقا أن الأخذ كان بالإذن، غير أن المُقَرَّ له ادعىٰ الضمان عليه، فلا يصدق إلا بالبينة.

ولو قال المُقِرُّ: أودعتني ألفـًا، أو قال: دفعت إليّ ألفـًا وديعة، (أو قال: أعطيتني ألفـًا وديعة، فهلكت عندي، وقال المُقَرُّ له: بل غصبتها مني فالقول: قول المقر مع يمينه)[3]؛ لأنه أنكر الجناية حيث أضاف الفعل إلى / المقر له. [١٧٨-أ]

---

(١) تكملتها: (فإن المقر ضامِن لها ...)، مختصر الطحاوي ص١١٤.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٣٠٤.

(٣) مختصر الطحاوي ص ١١٤. (وذلك لأنه لم يعترف بفعل لنفسه يُلزمه الضمان، وإنما اعترف بفعل الدافع؛ إذ جائز أن يودعه هو، بأن يضعه في بيته من غير أن يقبضه المودَع، فلم يُصَدَّق المقَرُّ له على دعوىٰ الضمان إلاّ ببينة)، كما في الشرح ٣/ ٣٠٥.

ولو قال: أعرتني ثوبك فهلك عندي، [أو قال: أعرتني دابتك فهلكت عندي]، وقال المقر له: بل غصبتها مني، فإنه ينظر: إن هلك قبل اللبس أو قبل الركوب، فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يضف الفعل إلى نفسه، [ولم يوجد منه جناية]، فإن وجد منه اللبس والركوب ضمن؛ لأنه وجد منه الجناية، فلا يبرأ من الضمان إلا بإذن صاحبه.

وكذلك لو قال: دفعتَ إليّ ألفاً مضاربة فهلكت عندي، وقال المُقرُّ له: بل غصبتها مني، فإنه ينظر: إن هلكت قبل التصرف فلا ضمان عليه، وإن هلكت بعد التصرف ضمن.

[الإِقْرَارُ بِدَرَاهِمَ زُيُوفٍ بِثَمَنِ مَتَاعٍ]

قال: (ولو قال: له عليه ألف درهم من ثمن متاع)[١]، ثم قال: هي زيوف أو نبهرجة لم يصدق، وكذلك إذا قال: (أقرضتني ألف درهم)[٢]، أو قال: له عليّ ألف درهم قرض إلا أنها زيوف[٣]، أو نبهرجة[٤]، أو[٥] سَتُّوقة، أو رَصَاص[٦] وادَّعَىٰ المُقَرُّ له أنها جيدة، فإنه لا يصدق المُقرُّ [على ما ادّعىٰ] في قول أبي حنيفة، سواء وصل أو فصل؛ لأنه أقر بالمتبوع واستثنىٰ البيع، فلا يجوز، كما لو أَقرَّ [لرجل] بالدار واستثنىٰ بناؤها بنفسه، لم يجز، ويكون للمقر له الدار مع البناء، وكذلك هاهنا الجودة تبع.

وكذلك لو أَقرَّ بمائة فِلسٍ[٧] من ثمن مبيع أو قرض، إلاّ أنها من الفلوس

---

(١) مختصر الطحاوي ص١١٤. (٢) المصدر السابق نفسه.

(٣) زيوف من: زافت النقود زَيفًا وزُيوفًا وزُيوفة: ظهر فيها غِشٌّ ورَدَاءة).

(٤) (البَهْرَج: الدرهم الذي فِضّته رَدِيّة، وقيل: الذي الغلبة فيه للفضة، وعن اللحياني: درهم مبهرج، أي: نبهرَج، ولم أجده بالنون إلاّ له)، كما نقل المطرزي في المغرب (بهرج).

(٥) (السَّتُّوق -بالفتح-: أردأ من البهرج، وعن الكرخي: السَّتّوق عندهم: ما كان الصُفْر أو النحاس هو الغالب الأكثر). المغرب (ستوق).

(٦) (الرَّصاص: العُلّاب، وفي الزُّيوف من الدراهم: هو المموه). المغرب (رصص).

(٧) (والفَلْسُ: عملة يتعامل بها الناس، مضروبة من غير الذهب والفضة، وكانت تقدر بسُدس =

الكاسدة، فإنه لا يصدق وصل أو فصل، وقال أبو يوسف ومحمد: إن وصل بإقراره صدق، وإن فصل لم يصدق، وكان أبو يوسف يقول -أولًا في السُّتُوق، والرَّصاص، والفُلوس الكاسدة-: إنه لا يصدق في ثمن البيع، وإن وصل ذلك بإقراره؛ لأنه يَدَّعي فساد البيع، ثم رجع عن ذلك وقال: يصدق في الكل إذا وصل؛ لأنه ما أقر إلا بعقد فاسد، وما ذكره الطحاوي من قول أبي يوسف فذلك قوله الأول، وقوله الآخر مع محمد(١).

ولو قال: لفلان عَلَيّ كُرّ حنطة من ثمن مبيع أو قرض، إلا أنها من الحنطة الرديئة الفاسدة، فالقول: قول المُقِرِّ، وصل أم فصل؛ لأن الوصف ليس بتبع في الكيلي والوزني، ألا ترىٰ أنه لو جعل [ثمناً] في البيع لا يجوز حتى يذكر وصفه.

ولو قال: له عَلَيَّ ألف [درهم] من ثمن مبيع أو قرض، إلا أنه من وزن خمسة، إن وصل ذلك بإقراره صدق، وصار كأنه استثنىٰ بعضه موصولاً، وإن فصل لم يصدق؛ لأن [وزن] دراهمنا من وزن سبعة(٢).

[الإِقْرَارُ بِأَنَّ المُوْدَعَ كانَ زُيُوْفًا]

(**ولو قال: غصبتك ألف درهم، أو قال: أودعتني ألفاً إلا أنها زيوف أو نبهرجة فالقول: قوله وَصَل أم فَصَل**)(٣)؛ لأنه أقرّ بالقبض لا بالعقد، والقبض يرد على الجياد تارة، وعلى الزيوف والنبهرجة أخرىٰ.

ولو قال: إلا أنها سَتُّوقة، أو رَصَاصٌ؛ إن وصل صدق؛ لأنه وصل البيان بكلامه في حال يملك إبطال ما أقر به، إما بالاستثناء فصار مصدقاً، وإن فصل لم يصدق؛

= الدرهم، وهي تساوي اليوم جزءاً من ألف من الدينار). كما في المعجم الوسيط (فلس).

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١١٥.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٣٠٦.

(٣) مختصر الطحاوي ص١١٥.

لأن الستوقة والرَّصَاص ليست من الدراهم [المطلقة في الحقيقة]، فإقراره انصرف إلى الدراهم المطلقة، ولا كذلك الزيوف والنبهرجة؛ لأنهما [ليسا] من الدراهم المطلقة في الحقيقة؛ إلاّ أن بها عيباً، فلذلك افترقا(١).

[الإِقْرَارُ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ مِنْ ثَمَنِ جَارِيَةٍ بَاعَتْهَا]

ولو قال: له عليه ألف درهم من ثمن جارية باعتها إلا أني لم أقبضها، فإنه لا يصدق أنه لم يقبض وصل أو فصل، صَدَّقه المقر له في السبب أو لم يصدق، وهذا قول أبي حنيفة، وكان أبو يوسف يقول أولاً إذا وصل صدق، وإن فصل لم يصدق، ثم رجع وقال: يسأل المقر له [عن السبب]، فإن صدقه في السبب أنه من ثمن الجارية، ولكن ادعىٰ عليه القبض، فالقول: قول المقر وصل أم فصل، فإن كذَّبه في السبب فادَّعىٰ عليه ألفاً أخرىٰ إن وصل صدق، وإن فصل لم يصدق، وهو قول محمد.

ولو قال: اشتريت منك جارية أو عبداً بألف درهم، إلا أني لم أقبض، صُدِّق، وصل أم فصل.

(**ولو قال: لفلان عَلَيَّ ألف درهم من ثمن هذا العبد**)(٢)، [فإنه ينظر: إن كان العبد في يد هذا المُقَرِّ له، أو في يد المُقِرِّ، وصَدَّقه المُقَرُّ لَهُ في السبب، فإنه يسلم العبد](٣) إلى المقر، ويؤخذ منه ألف درهم، [وكذلك لو كان العبد في يد المقر] لو كَذَّبه في السبب وقال: العبد لي ولم أبع منه، ولكن [لي] عليه ألف درهم بسبب
[١٧٨-ب] آخر، فإن للمقر له العبد، ولا يأخذ من / المُقِرِّ شيئاً من الثمن؛ لأنه أقر بشرط سلامة العبد له، ولم يسلم له [العبد]، والإقرار إذا كان بشرط، يراعىٰ فيه الشرط.

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٣٠٨.
(٢) مختصر الطحاوي ص١١٥.
(٣) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ، والمزيدة من م.

ولو كان العبد في يد غيرهما، فإن امتنع صاحب [اليد] من تسليمه إلى المقر، فلا يجب على المقر شيء من الثمن، وإن وصل العبد إلى المقر له، يلزمه ما أقر به.

[إقرارُ المَرِيْضِ بَدْينٍ لأَحَدِ وَرَثَتِه أَو لأَجْنَبِيٍّ]

قال: (ومن أَقَرَّ بدين من مرض موته لأجنبي، جاز إقراره)[1]، وإن أتىٰ ذلك على جميع ماله[2]، وهو مقدم على الميراث والوصية، إلا أنه يؤخر عن دين الصحة، ودين الصحة: ما كان ثبوته بالبينة، أو بالإقرار في حالة الصحة، ودين المرض: ما كان ثبوته بإقراره في مرض موته، وأما ما كان ثبوته بالمعاينة: فهو ودين الصحة سواء[3].

ولو وهب لأجنبي في مرض موته، أو تصدق به عليه، أو أوصىٰ له بعد موته: فإن ذلك كله يعتبر من ثُلُثِ ماله، بعد ما يقضي من تركته أولاً ديون الصحة، ثم ديون المرض.

ولو أقرَّ لوارث بعَيْنٍ أو دَيْنٍ، أو وهب له عبداً، أو أوصىٰ له بوصية، لم يجز ذلك، وإن لم يكن عليه دين[4]، إلا بإجازة سائر الورثة، إلا أن يقر لامرأته بمهرها فَيُصَدَّقُ إلى تَمَام مَهْرِ مِثْلِهَا، ولا يُصَدَّقُ في الفَضْلِ على مهر المثل؛ لأن القول

---

(١) وفي المتخصر (في مرضه، لزمه كما يلزمه لو أقرَّ في صحته ...) ص ١١٦.

(٢) (وذلك لأن المرض لا يوجب حَجْرًا عليه في إقراره للأجنبي، كما لا يوجب حَجْراً في التصرف في الشراء والبيع، ولا نعلم أيضاً في جوازه خلافاً بين الفقهاء)، كما في الشرح ٣/ ٣٠٩.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص١١٦.

(٤) وعبارة المختصر: (ولا يجوز إقرار المريض بدين لأحد من ورثته إذا مات في مرضه ذلك)، مختصر الطحاوي ص١١٦.

قولها إلى تمام مهر المثل من غير إقرار الزوج، ولذلك صدق فيه[1].

[والله سبحانه وتعالىٰ أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب].

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١١٣ - ١١٦؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٢٩٣ وما بعدها.

كِتَابُ العَارِيَةِ[١][٢]

[ضَمَانُ العَارِيَةِ]

قال أبو جعفر رحمه الله تعالىٰ: **(العارية غير مضمونة إلا أن يتعدىٰ المستعير فيها، فيضمن قيمتها ساعة تعدي فيها)**[٣].

[العَارِيَةُ مُطْلَقَةٌ وَمُقَيَّدَةٌ]

العارية علىٰ ضربين: مطلقة، ومقيدة:

فالمطلقة تجري على إطلاقها حتى يخصصها عرف أو شرط.

والمقيدة يراعىٰ فيها القيد إلا أن يكون غير مقيد فلا يراعىٰ حينئذٍ؛ [لأن المعروف بالعرف، كالمشروط باللفظ].

---

(١) العارية في اللغة: مشتقة من التعاور، وهو التناوب والتداول.

وفي الاصطلاح: (هي عقد تبرع في المنفعة) معجم المصطلحات الاقتصادية ص٢٣٦.

وعرفها أبو الليث: (إعارة الأعيان التي ينتفع بها مع قيامها، كالدُّور والدواب، وهي تمليك منافع الأعيان)، خزانة الفقه ص ٢٠٤.

وعرفها الحدادي بأنها: (عبارة عن تمليك المنافع بغير عوض)، وسميت عارية؛ لتعريها عن العوض. الجوهرة ص٤٥٢.

(٢) ابتداءً من كتاب العارية، تقابل مع نسخة (ج) أيضًا.

(٣) مختصر الطحاوي ص١١٦. (وإنما لم تكن مضمونة؛ لأنه قبضها بإذن مالكها، لا على وجه البدل، فصارت كالوديعة ...

وأيضـاً قد اتفق الجميع: على أن ما يحدث من التلف والخرق باللُّبس، غير مضمون، فدَلَّ أن الأصل غير مضمون)، كما في الشرح ٣/ ٣١٣.

ثم العارية المطلقة تُعَار ولا تُؤَاجر، واختلف المشايخ في إيداعها: قال بعضهم: يجوز؛ [لأن] الإيداع دون الإجارة، [وقد أجمعوا على جوازه، فالإيداع أولىٰ][١]، وكان الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ يقول: لا يجوز، وكان يستدل بمسألة ذكرها في الجامع الصغير: وهي أن المستعير إذا بعث العارية على يدي أجنبي إلى صاحبها، فهلكت في يد الرسول، ضمن المستعير العارية[٢]، وليس ذلك [إلا][٣] الإيداع منه، وأما الوديعة فلا تودع ولا تعار ولا تؤاجر، فإن فعل شيئاً منها ضمن، وأما المُسْتَأْجَرُ فإنه يُعَار ويُؤَاجَر، وفي إيداعه اختلاف المشايخ.

والعارية المطلقة: أن يعير دابته إنساناً، ولم يذكر الوقت ولا المكان، ولا ركوب أحد، ولا ما يحمل عليها، فهذه عارية مطلقة، وله أن يستعملها في أي وقت شاء، وفي أي مكان شاء، وأن يحمل عليها ما شاء، ولا ضمان عليه إذا عطبت في يده عندنا، وتكون أمانة، وعند الشافعي رحمه الله تعالىٰ: العارية مضمونة[٤]، ولو تعدىٰ ضمن بالإجماع، نحو: أن يحمل عليها ما يعلم أن مثلها لا [يطيق حمله][٥]، وكذلك إن استعملها ليلاً ونهاراً فيما لا يستعمل مثلها الدواب في العرف والعادة، فعطبت ضمن قيمتها؛ لأن العارية المطلقة تخص بالعرف والعادة، والمعروف بالعرف كالمشروط باللفظ[٦].

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من ج.

(٢) ولفظ الجامع الصغير: (رجل استعار دابة ....، وإن كان ردَّها مع أجنبي، ضمن)، الجامع الصغير (مع شرح الشهيد) ص٥٠٥.

(٣) الزيادة من م، ج.

(٤) قال النووي: (... والأصحّ: أنه لا يضمن ما ينمحق أو ينسحق باستعمال). المنهاج ص ٢٨٧.

(٥) في أ (لا يحمل)، والمثبت من م، ج.

(٦) في م، ج (كالمشروط بالشرط). والقاعدة الفقهية: (المعروف بين التجار، كالمشروط بينهم)، وقاعدة: (التعيين بالعرف، كالتعيين بالنص) المادة (٤٤، ٤٥) في مجلة الأحكام العدلية.

[مُؤْنَةُ رَدِّ العَارِيَةِ]

وعَلَف الدابة على المستعير سواء كانت العارية مطلقة أو مقيدة، وكذلك مؤنة الرد على المستعير، وفي المغصوب مؤنة الرد على الغاصب، وفي الوديعة مؤنة الرد على صاحبها، وفي الإجارة مؤنة الرد على المؤاجر، وفي الرهن مؤنة الرد على الراهن.

[العَارِيَةُ المُقَيَّدَةُ بِالوَقْتِ والمَكَانِ]

ولو كانت العارية مقيدة بالوقت مطلقة في غيره، نحو أن يعير يوماً، أو يومين، أو ما أشبه ذلك، فهذه العارية والمطلقة سواء، إلا من جهة الوقت، فإنها مخالفة للأولىٰ حتى أن على المستعير أن يردها على صاحبها عند انقضاء مدة العارية، ولو لم يردها مع تمكنه من الرد حتى عطبت في يده، ضمن قيمتها، سواء استعملها بعد مضي المدة أو لم يستعملها؛ لأنه لما أمكنه ردّها بعد مضي المدة ولم / [١٧٩-أ] يردها على صاحبها، صارت الدابة مضمونة عليه؛ لأن مؤنة الرد في العارية على المستعير لا على المعير.

ولو كانت العارية مقيدة في المكان، فإن حكمها وحكم المطلقة [سواء]، إلاّ من جهة المكان خاصة، حتى أنه لو جاوز عن ذلك المكان، ضمن قيمتها حين [جاوز إذا عطبت الدابة][(١)]، ولا يبرأ عن الضمان بإعادتها إلى مكانها المأذون، حتى يُسَلِّمَها إلى صاحبها.

وكان أبو حنيفة يقول [أولاً]: يبرأ من ضمانها بالرد إلى ذلك المكان كالمودع إذا خالف [في الوديعة] ثم ترك الخلاف، [يبرأ عن الضمان ثم رجع وقال: لا يبرأ عن الضمان، بخلاف الوديعة][(٢)] وكذلك لو خالف في المكان ضمن، وإن كان

(١) في أ (جاوزتها)، والمثبت من م، ج.
(٢) الزيادة من ج.

هذا المكان أقرب إليه من المكان المأذون، [وكذلك حكم العارية: أنه لا يبرأ عن الضمان بالرد إلى المكان المأذون][١] وكذلك لو أمسك الدابة في الموضع الذي استعارها ولم يذهب [بها] إلى الموضع الذي استعارها [إليه] ضمن، وكذلك حكم الإجارة.

[العارية المقيدة في الحمل]

ولو كانت العارية مقيدة في الحمل، مطلقة في غيره، فإن حكمها وحكم العارية المطلقة سواء، إلاّ في الحمل، نحو [أن يعير دابة من إنسان][٢] على أن يحمل عليها عشرة [مخاتيم][٣] حنطة، فحمل عليها حجارة، أو آجراً، أو حديداً مما يكون أنكىٰ لظهر الدابة، أو أعقر حتى عطبت الدابة ضمن، لأنه خالف.

وكذلك لو حمل عليها خشباً، أو حطباً، أو تِبْناً مما يكون أشق على الدابة من الحنطة ضَمِنَ، وإن حمل عليها عشرة مخاتيم شعير، أو دخن، أو أرز مما يكون مثل حمل الحنطة أو أخف، القياس: أن يضمن، وهو قول زفر، وفي الاستحسان: لا يضمن؛ لأنه ليس بخلاف يفيد اعتباره، [فلما] رضي صاحبها بحمل الحنطة فهو بهذا أرضىٰ، أرأيت لو أمره بحمل عشرة مخاتيم حنطة بعينها، فحمل المستعير عشرة مخاتيم حنطة غيره، أليس أنه لا يصير مخالفاً، كذلك هاهنا.

ولو حمل عليها من الحنطة أكثر مما سمي له من القدر فعطبت، فإنه ينظر: إن زاد زيادة لا يطيق حملها مثل تلك الدابة يضمن جميع قيمة الدابة؛ لأنه

(١) الزيادة من ج.
(٢) في أ (أن يستعيرها)، والمثبت من أ، ج.
(٣) المخاتيم جمع المختوم: المكيال كالصاع ونحوه، وسمي بذلك؛ لأن السلطان كان يختم عليه؛ منعاً للتلاعب. انظر: المعجم الوسيط، معجم لغة الفقهاء (ختم).

أتلفها، ولو زاد زيادة تطيق حملها، ضمن من قيمتها ما بإزاء الزيادة، نحو أن يحمل عليها أحد عشر مختوماً فعطبت، ضمن [من جميع] قيمتها جزءاً من أحد عشر جزءٍ(١).

[مُخَالَفَةُ شَرْطِ المُعِيْرِ](٢)

وكذلك لو استعارها ليركبها بنفسه، فليس له أن يعيرها غيره، فإن أعارها [لغيره] فعطبت، ضمن قيمتها.

وإن ركب بنفسه وأردف غيره فعطبت، ضمن نصف قيمتها؛ لأنه خالف في النصف، إلاّ إذا كانت الدابة بحال يعلم أنها لا تطيق حملها [جميعاً، حينئذٍ] ضمن جميع القيمة؛ لأنه أتلفها، وكذلك لو استعار ثوباً ليلبسه بنفسه، فألبس غيره فتحرق، أو هلك، ضَمِنَ؛ لأن الناس يتفاوتون في اللبس، فقد خالف شرط المعير، [خلافاً يفيد اعتباره].

ولو استعار [من آخر] دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم شعير، فحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فعطبت، ضمن قيمتها؛ لأن الحنطة أثقل من الشعير.

وحكم الإجارة كحكم العارية، ففي كل موضع يضمن في العارية يضمن في الإجارة، ولا يجب الأجر، وفي كل موضع لا يضمن في العارية، لا يضمن في الإجارة، ويجب الأجر على المستأجر.

(١) انظر: خزانة الفقه ص٢٠٥.
(٢) قال أبو الليث: (الشروط في العارية لازمة إلّا شرطان:
الأجل: فإن الأجل لا يثبت في العارية، وللمعير أن يعود متىٰ شاء.
والثاني: اشتراط الضمان من غير تَعَدٍّ، فإن العارية أمانة، ولا تضمن إلا في حالتين: ١ - المجاوزة عن المكان المعلوم. ٢ - والمنع عند الطلب)، خزانة الفقه ص٢٠٥.

[الأَجَلُ فِي العَوَارِي]

قال: (**وإذا استعار من رجل أرضاً إلى مدة معلومة وقبضها منه على ذلك، كان للمعير أن يأخذها منه [قبل مضي المدّة]**)[١]؛ لأن الأجل في العواري باطل؛ لأن العارية تبرع[٢].

فلو [أجزنا فيه] الأجل، أدىٰ ذلك إلى الجبر على المتبرع، ولا يجبر عليه، ألا ترىٰ أن الأجل في القرض باطل لهذا المعنىٰ.

ومن استعار من رجل أرضاً [إلى مدّة معلومة]؛ ليبني فيها ويغرس أشجاراً، أو كروماً، أو يزرع فيها زرعاً، فهذا لا يخلو: إما أن تكون العارية موقتة، أو غير موقتة، أما إذا كانت غير موقتة فأراد [المعير أن يسترد[٣]، فإنه ينظر: إن كان فيها زرع للمستعير لم يدرك، فإنه لا يجبر] المستعير على قلع الزرع، ولكنه يترك في الأرض حتىٰ يستحصد، وإنما يترك بالأجر حتى لا يتضرر المعير في ذلك؛ لأن الزرع له نهاية معلومة.

ولو كان في الأرض بناءٌ، أو غَرْس، أو كَرْم، فإنه يجبر المستعير على القلع إذا

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من م، ج؛ وفي المختصر (... أخذها منه دون مضي المدة) ص١١٦. وفي متن الشرح: (... فللمعير أخذها منه في المدة، ونقض العارية فيها)، ٣/ ٣١٩.

(٢) (وذلك لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (والمنحة مردودة، والعارية مؤدَّاة) [أبو داود (٣٥٦٥)؛ والترمذي (٢٠٢١)، وقال: حديث حسن غريب.

وروي من غير هذا الوجه، كما في موارد الظمآن ص٢٨٥؛ وشرح السنة للبغوي ٨/ ٢٢٥، وقال: حديث حسن].

وأيضاً، فإن المنافع التي لم يستوفها بعدُ في مستقبل المدة، بمنزلة الصدقة والهبة التي لم تُقْبَض، فله الرجوع فيها). شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٣١٩.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ١١٦، ١١٧.

طلب / المعير ذلك؛ لأنه لا نهاية له، فكان في الترك مضرة للمعير إلاّ أن يكون في [١٧٩-ب]
القلع مضرة بالأرض ونقصان يدخل فيها، فإنه يترك بقيمتها مقلوعة غير نابتة إذا طلب المعير ذلك.

ولو كانت العارية موقتة وانقضىٰ وقتها، فالحكم فيها على ما ذكرنا في العارية التي هي غير موقتة، وإن أراد المعير أن يستردّ الأرض قبل انقضاء العارية، كان له ذلك، ولكن لا يجبر المستعير على قلع ما أحدث فيها من بناء أو غرس أو غير ذلك، والمعير بالخيار: إن شاء حبسها بقيمتها قائمة على الأرض غير مقلوعة، وإن شاء انتظر إلى [مضي] المدة، فيجبر المستعير حينئذٍ على القلع؛ (لأنه لما [وقت له] فكأنه ضمن له الترك والبقاء إلى تلك المدة، وقال زفر: يجبر المستعير على القلع)[١] سواء كانت العارية موقتة أو غير موقتة، أو يترك بقيمتها مقلوعة؛ لأن الأجل في العواري باطل، فصار وجوده وعدمه سواء.

وقال ابن أبي ليلىٰ: لا يجبر على القلع ويترك بقيمتها غير مقلوعة، سواء كانت العارية موقتة أو غير موقتة، وأصحابنا فرقوا بينهما [على ما ذكرنا][٢].

[والله سبحانه وتعالىٰ أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب].

---

(١) ما بين القوسين سقطت من م.

(٢) الزيادة من ج فقط. انظر: مختصر الطحاوي ص١١٦، ١١٧؛ خزانة الفقه ص٢٠٥؛ شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٣/ ٣١٣ وما بعدها.

كِتَابُ الغَصْب[١]

قال أبو جعفر رحمه الله تعالىٰ: (**وكل ما غصب رجل من رجل مما ينقل من مكان إلى مكان، فتلف في يده بغير صنعه، فعليه قيمته يوم غصبه**)[٢].

والمغصوب لا يخلو: إما أن يكون غير منقول: كالدار، [والأرض، والكرم]، والحانوت، والطاحونة وغيرها، وإما أن يكون منقولاً.

والمنقول على ضربين: إما أن يكون مثلياً كالكيلي، والوزني الذي ليس في تبعيضه ضرر، يعني غير المصنوع منه، والعددي المتقارب: كالجوز، والبيض، والفلوس، وما أشبه ذلك من العددي الذي لا يتفاوت.

وإما أن يكون غير مثلي: كالحيوانات، والذرعيات، والعددي المتفاوت: [كالبطيخ، والرمان]، والوزني الذي في تبعيضه مضرة: وهو المصنوع منه.

وأما إذا كان المغصوب غير منقول: [كالدار، والعقار]، فانهدمت بآفة

---

(١) (الغصب في اللغة: أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب، سواء كان مالًا أو غير مال.

وفي الشرع: عبارة عن أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك، على وجه يزيل يده عنه). الجوهرة ص٤٣٧.

(٢) مختصر الطحاوي ص١١٧.

(والأصل فيه: قول الله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٩]، وقال تعالىٰ: ﴿وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦۖ﴾ [النحل: ١٢٦])، قال الجصاص: والمِثل، تارة يكون مثله في مقداره من جنسه، وذلك في المكيل، والموزون، والمعدود، وتارة يكون القيمة، وهو فيما عدا ما ذكرنا)، ٣/ ٣٢١.

سماوية، أو جاء سيل فذهب بالبناء والأشجار، (أو علت[١] السيل) على الأرض فبقيت تحت الماء، فإنه لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر، وفي قول محمد، وهو قول أبي يوسف الأول، [وهو قول الشافعي]: يضمن[٢].

وأجمعوا أنها لو تلفت من سكناه يضمن؛ لأنه تلف لصنعه، فصار كما إذا أتلفه بالهدم وغيره، وكذلك لو [قلع] الأشجار، ضمن ما [قلع و]قطع بالإجماع.

ولو هدمها رجل آخر، أو قطع أشجاره رجل، فإن للمالك أن يُضَمِّنَ الهادم دون الغاصب في قولهما، وفي قول محمد: له الخيار: إن شاء ضمّن الهادم، وإن شاء ضمن الغاصب، ويرجع الغاصب بما ضمن على الهادم.

وكذلك لو زرع الغاصب في الأرض المغصوبة، فالخارج له، ويضمن نقصان الأرض في قولهم جميعاً، وأما إذا كان المغصوب منقولاً، فهلك في يد الغاصب أو استهلكه الغاصب، فإنه ينظر: إن كان المغصوب مثلياً وجب على الغاصب مثله[٣]، وإن كان غير مثلي يجب عليه قيمته يوم الغصب، ولو استهلكه غير الغاصب في يد الغاصب، فإن المغصوب منه بالخيار: إن شاء ضمن الغاصب ويرجع الغاصب بما ضمن على المستهلك، وإن شاء ضمن المستهلك، [فإن ضمّن المستهلك] لا يرجع على الغاصب، [وإن ضمّن الغاصب يرجع][٤].

---

(١) في م، ج (أو غلب الماء).

(٢) انظر: المهذب ٣/ ٤١٥؛ المنهاج ص٢٩٣.

(٣) وذهب الشافعية إلى اعتبار قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب، إلى حين تعذر المثل، وقالوا: يجب أقصىٰ القيم من يوم الغصب إلى الإعواز والفقد. انظر: المهذب ٣/ ٤١٥؛ والروضة ٥/ ٢٠.

(٤) (والأصل في ضمان قيمة ما استُهلك مما وصفنا: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم (في عبدٍ بين رجلين، أعتقه أحدهما وهو موسر: أنه يضمن نصف قيمته)، فلم يوجب عليه نصف عبدٍ مثله، فصار ذلك أصلًا فيما وصفنا؛ ولأن القيمة في نظائر ذلك، أعدل من مثله من جنسه؛ لتفاوت ما بين الشخصين)، ٣/ ٣٢١، ٣٢٢.

[الضَّمَانُ فِيْمَا إِذَا غَصَبَهُ مِنَ الغَاصِبِ غَاصِبٌ آخَرَ]

وكذلك لو غصبه من الغاصب غاصب آخر، فهلك في يد الثاني أو استهلكه، فإن المغصوب منه الأول بالخيار: [إن شاء ضمّن الأول، وإن شاء ضمّن الثاني، ولا يرجع على الأول](١)، وإنما يستقر حاصل الضمان على الثاني(٢).

ولو أودعه عند رجل فهلك عند [المُوْدَع]، فالمغصوب منه بالخيار: إن شاء ضَمَّنَ الغاصب ولا يرجع الغاصب على المُوْدَع(٣)، وإن شاء ضمّن المودع ورجع المُوْدَعُ على الغاصب بما ضمن.

[الضَّمَانُ إِذَا مَا اسْتَهْلَكَه المُوْدَع]

ولو استهلكه المُوْدَعُ، فالجواب على قلب(٤) ذلك، ويستقر حاصل الضمان على المودع / ، فكذلك لو آجره الغاصب أو رهنه فهلك، كان للمغصوب [١٨٠-أ]
منه [بالخيار] يُضَمِّنُ أيهما شاء: فإن ضَمَّن الغاصب لا يرجع الغاصب على المستأجر، ولا على المرتهن، ولكن يسقط دينه بهلاك الرهن في يد المرتهن، وإن شاء ضَمَّن المرتهن أو المستأجر، ورجعا على الغاصب بما ضمنا، إلاّ إذا استهلكا فلا يرجعان به على أحد.

ولو أعاره الغاصب فهلك في يده، كان المغصوب منه بالخيار على ما ذكرنا، فأيهما ضمن لا يرجع علىٰ صاحبه.

وكذلك إذا وهبه أو استهلكه المستعير، يستقر حاصل الضمان عليه.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من م.
(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١١٧.
(٣) في م، ج (على أحد).
(٤) في م، ج (ضدّ).

[الضَّمَانُ فِيمَا إِذَا بَاعَهُ الغَاصِبُ]

ولو باعه الغاصب [فالمغصوب منه] بالخيار يُضَمِّنُ أيهما شاء: فإن ضَمَّنَ الغاصب جاز بيعه والثمن له، وإن ضَمَّنَ المشتري رجع [المشتري] بالثمن على البائع، وبطل البيع، ولا يرجع بما ضمن عليه، ولو نقص المغصوب في يد الغاصب، ضمن الغاصب النقصان، ويرده على المغصوب منه مع ضمان النقصان، إلا أن يكون النقصان بجناية غير الغاصب، فالمغصوب منه بالخيار في تضمين النقصان: إن شاء ضمن الغاصب ويرجع الغاصب على الجاني، وإن شاء ضمن الجاني ولا يرجع على الغاصب.

ولو ازداد المغصوب في يد الغاصب، فلصاحبه أن يَسْتَرِدَّ مع الزيادة؛ لأنها نَمَاء ملكه، ونماء ملكه لمالكه.

[الضَّمَانُ فِي زِيَادَةِ المَغْصُوْبِ]

ولو غصب من رجل جارية أو غلاماً قيمته ألف درهم وقت الغصب، فإذا ازدادت قيمته في شَعْرٍ، أو بَدَنٍ، أو انتقصت ثم هلك عنده، ضمن قيمته وقت الغصب [بالإجماع](١).

ولو لم يهلك ورَدَّه على صاحبه، فإنه ينظر: إن كان النقصان في القدر ضمن قيمة النقصان، وإن كان النقصان في السعر فلا يضمن.

ولو استهلكه بعد النقصان ضمن قيمته وقت الغصب، فإن استهلكه بعد الزيادة نحو أن يبيعه ويسلمه إلى المشتري، فهلك في يد المشتري، فالمغصوب منه بالخيار: إن شاء ضَمَّنَ الغاصب قيمته وقت الغصب، وجاز البيع، والثمن للغاصب، وإن شاء ضمن المشتري قيمته وقت القبض، وبطل البيع، ويرجع

(١) في أ (في قولهم)، والمثبت من م، ج.

[المشتري] على الغاصب بالثمن، وليس له أن يضمن الغاصب قيمته وقت التسليم في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف ومحمد: له أن [يضمن الغاصب] قيمته وقت التسليم إن شاء.

ولو قتله الغاصب خطأً بعدما ازدادت قيمته، فالمغصوب منه بالخيار في قولهم جميعًا: إن شاء ضَمَّنَ الغاصبَ قيمته وقت الغصب حالاً، وإن شاء ضمن عاقلة الغاصب قيمته وقت القتل زائدة في ثلاث سنين[١].

ولو كان [الشيء] المغصوب حيواناً سوىٰ بني آدم، فقتله الغاصب بعد الزيادة فعند أبي حنيفة: لا يضمن إلا قيمته وقت الغصب؛ لأن ضمان غير بني آدم لا تتحمله العاقلة، فهو كاستهلاك الأموال، وعندهما: المغصوب منه بالخيار كما ذكرنا في الأموال.

وإذا ولدت الجارية المغصوبة ولداً، فالولد أمانة عندنا، وعند الشافعي مضمون[٢]، ولو استهلكه الغاصب ضمن [قيمته] بالإجماع، وينجبر نقصان الولادة [عند علمائنا الثلاثة بقيمة الولد][٣]، وعند زفر: لا ينجبر، ويغرم الغاصب ما انتقصت الأمة بالولادة، وإنما ينجبر النقصان عندنا بالولد إذا رَدَّ الولدَ على المغصوب منه، وأما إذا هلك الولد [في يد الغاصب]، فلا ينجبر بالاتفاق[٤].

[ضَمَانُ مَنَافِعَ المَغْصُوبِ إِذَا اسْتَخْدَم]

قال: (ولا أجرة على الغاصب في استخدامه عبداً غصبه ولا في سكنىٰ دار

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١١٧، ١١٨؛ شرح المختصر ٣/ ٣٢٣، ٣٢٤.
(٢) انظر: المهذب ٣/ ٤٢١؛ الروضة ٥/ ٤٥.
(٣) في أ (بالولد عندنا)، والمثبت من م، ج.
(٤) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٣٢٤.

غصبها)(١)، وهذا عندنا، وعند الشافعي: يجب [عليه أجر مثله](٢)؛ لأن المذهب عند علمائنا: أن مجرد المنافع لا قيمة لها إلا بالعقد(٣)، أو ما يقوم مقام العقد من الشروط، وعنده [المناقع] تقوم / بغير شرط، [ولو انتقص المغصوب فيما استوفىٰ من المنافع، ضمن قيمة النقصان عندنا](٤). [١٨٠-ب]

[قِيْمَةُ العَبْدِ المَغْصُوْبِ إِذَا أَبِقَ مِن غَاصِبِهِ]

قال: **(وإذا أبق العبد المغصوب في يد الغاصب)**(٥)، فالمغصوب منه بالخيار: إن شاء انتظر إلى ظهور العبد فيأخذه، وإن شاء لم يتربص، وضمن الغاصب قيمته، ثم إذا ظهر العبد بعد ذلك، فإنه ينظر: إن أخذ صاحبه القيمة التي سماها ورضي بها: إما بتصادقهما، أو بقيام البينة، أو بنكول الغاصب [عن اليمين]، فلا سبيل له على العبد عندنا(٦)، [وعند الشافعي: له أن يأخذ عبده بعينه].

ولو أخذ القيمة بقول الغاصب [ويمينه] على ما يَدَّعِيْه المغصوب منه من الزيادة، فإن المغصوب منه بالخيار: إن شاء حبس القيمة ورضي بها وسَلَّم العبد

---

(١) مختصر الطحاوي ص ١١٨.

(٢) انظر: المهذب ٣/ ٤١٢؛ المنهاج ص٢٩٢.

(٣) (والدليل عليه: أنه لو وطئ أمة رجل مطاوِعةً له، لم يكن عليه مهر، قال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (مهر البَغِيِّ حرام) [البخاري (٥٠٣١)؛ ومسلم (١٥٦٨)، كلاهما بلفظ: (نهىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم ...، ومهر البغي)]، والبَغِيُّ: هي الزانية، فصار ذلك أصلاً في سائر منافعها، أنها لا تُضمن إلا بعقد، أو شبهة عقد)، كما قال الجصاص في الشرح ٣/ ٣٢٩.

(٤) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

(٥) مختصر الطحاوي ص ١١٨.

(٦) انظر: المصدر السابق نفسه، (وذلك لأنه قد رضي بأخذ البدل الذي ادّعاه ومَلَكَه، فلا يجوز أن يبقىٰ العبد في ملكه، مع ملكه البدل؛ لأنه لا يجوز اجتماع الشيء وبدله في ملك واحد فيما يصح تمليكه؛ لعدم نظيره في الأصول)، كما قال الجصاص في الشرح ٣/ ٣٣١.

إلى الغاصب، وإن شاء رَدّ القيمة التي أخذها واسترد العبد، وللغاصب أن يحبس العبد حتى يأخذ القيمة[١].

ولو مات العبد عند الغاصب قبل رَدِّ القيمة عليه، فلا يرد القيمة، ولكنه يأخذ من الغاصب فضل القيمة إن كان في قيمة العبد فضل على ما أخذ، وإن لم يكن فيها فضل، فلا شيء له غير القيمة المأخوذة.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: إذا ظهر العبد وقيمته مثل ما قال الغاصب، فلا خيار للمغصوب منه، ولا سبيل له على العبد، وفي ظاهر الرواية له الخيار من غير تفصيل.

ولو كان المغصوب مُدَبَّراً فأبق عند الغاصب، فإنه يضمن القيمة؛ لأن المدبر يضمن بالغصب و[لكن] لا يصير مِلْكاً للغاصب، حتى أنه لو ظهر يرده على مولاه، ويسترد منه القيمة، وليس للغاصب حبسه لأجل القيمة؛ لأنه لا يجوز بيعه، فلا يجوز حبسه بالدين، ولو كان المغصوب أم ولد فلا ضمان على الغاصب عند أبي حنيفة؛ لأن من أصله: أن أم الولد ليست بمال، وعند أبي يوسف ومحمد: هي كالمدبر، وفَرَّق أبو حنيفة بين المدبر وأم الولد في الغصب، وسَوَّىٰ بينهما في الشراء لو قبضهما المشتري بتسليم البائع فهلك عند المشتري، لا ضمان عليه فيهما جميعاً عند أبي حنيفة، وعندهما: [يضمن المشتري] القيمة فيهما جميعاً[٢].

ولو جنىٰ على كل واحد منهما، يجب على الجاني أرش الجناية فيهما جميعاً بالإجماع.

---

(١) انظر: المصدر السابق نفسه.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٣٣١، ٣٣٢.

[ضَمَانُ إِتلاَفِ خَمْرِ الذِّمِّيِّ]

قال: (**ومن أتلف لذمي خمراً، أو خنزيراً، وكان المُتْلِفُ مسلماً [أو ذِمِّيًّا]، كان على المتلف قيمة ما أتلف، إلاّ أن يكون [المتلف] ذمياً، فيكون عليه [ضمان] مثل الخمر والخنزير**)[١]، لا يخلو: إما أن يكونا لمسلم أو لذمي، [فإن كانا لمسلم] فلا ضمان على متلفهما، سواء كان المتلف ذمياً أو مسلماً.

وإن كانا لذمي، يجب الضمان على متلفهما، سواء كان المتلف مسلماً أو ذمياً، غير أن المتلف إذا كان ذمياً يجب مثل الخمر، وإن كان مسلماً يجب [عليه] قيمتها، وفي الخنزير [تجب] القيمة عليهما [جميعاً][٢]؛ لأن الحيوان لا مثل له من جنسه، هذا في قول أصحابنا، وفي قول الشافعي: لا ضمان على متلف الخمر والخنزير بحال[٣].

[اسْتِهْلاَكُ ذِمِّيٍّ لِذِمِّيٍّ خِنْزِيراً وَإِسْلاَمَ الطَّالِبِ]

ولو استهلك مسلم أو ذمي لذمي خنزيراً، ثم أسلم الطالب، أو المطلوب، أو أسلما جميعاً، فلا يبرأ المستهلك عن الضمان الذي لزمه؛ لأن الواجب هو

---

(١) مختصر الطحاوي ص١١٩، هكذا عبارة المختصر المطبوع، ولكن في متن الشرح: (... أو خنزيراً، فعليه ضمانه، فإن كان المتلف مسلماً، فعليه القيمة، وإن كان ذِمِّيًا، ففي الخمر مثلها، وفي الخنزير القيمة)، ٣/ ٣٣٢، وهذا ما شرحه المؤلف، وإن حصل الخلاف في المتنين.

(٢) (وذلك لأنا أعطيناهم العهدَ على أن نتركهما مالًا لهم، فلو لم يضمن مستهلِكُهما، لصار لا قيمة لهما، وفي ذلك إخراجٌ لهما من أن يكونا مالاً، وفي ذلك نقض العهد، فلا يجوز.

وأيضاً: روي: (أن عمر بلغه: أنهم يأخذون الخمر من أهل الذمة في العشور، فكتب إلى عُمّاله: أن ولُّوهم بيعها، وخذوا العشر من أثمانها) [أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٦/ ٢٣؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٩/ ٢٠٦]، وذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير من أحد منهم عليه)، كما قال الجصاص في الشرح ٣/ ٣٣٢.

(٣) انظر: المهذب ٣/ ٤٢٢؛ الروضة ٥/ ٤٤.

القيمة، والقيمة دراهم أو دنانير، والإسلام لا يمنعه عن قبض الدراهم والدنانير.

ولو استهلك ذمي لذمي خمراً ووجب عليه مثلها، ثم أسلم الطالب أو أسلما جميعـًا، سقط الخمر عن ذمته، وبرئ في قولهم جميعـًا.

ولو أسلم المطلوب أولاً ثم أسلم الطالب بعده، أو لم يسلم ففي قول أبي يوسف، وهو روايته عن أبي حنيفة: أنه برئ من الخمر ولا يتحول إلى القيمة كما [لو] أسلم الطالب أولاً، وعند زفر، ومحمد، وعافيه، وهو روايتهم عن أبي حنيفة: أن المطلوب لا يبرأ، ويتحول [ما عليه] من الخمر إلى القيمة، كما لو كان الغصب بعد الإسلام، فإنه يضمن قيمتها / للذمي، وكذلك هاهنا إذا أسلم بعد الغصب. [١٨١-أ]

[اغْتِصَابُ ذِمِّيٍّ خَمْراً لمُسْلِمٍ، فَصَارَتْ عِنْدَهُ خَلاًّ]

ولو كان الخمر لمسلم فاغتصبها منه ذمي أو مسلم، فتَخَلَّلَتْ عنده أو خَلَّلَهَا الغاصب، كان للمغصوب أن يسترد، ولو هلكت عند الغاصب بعدما صارت خَلاًّ فلا ضمان عليه؛ لأن الغصب لم يوجب الضمان، فلا يجب [عليه] الضمان بعد ذلك، وإن استهلكها الغاصب بعدما صارت خَلاًّ، ضمن مثلها خَلاًّ لصاحبها؛ لأنه وجب [عليه] الضمان بسبب آخر سوىٰ الغصب: وهو الاستهلاك.

[اغْتِصَابُ جِلْدِ مَيْتَةٍ لِمُسْلِمٍ، فَهَلَكَ فِي يَدِهِ]

ولو اغتصب جلد مَيْتَةٍ لِذِمِّيٍّ أو لمسلمٍ، فهلك في يده أو استهلكه، فلا ضمان عليه؛ لأن الميتة والدم ليستا بمال في الأديان كلها، فلا ضمان على متلفهما، ولو دفع الغاصب جلد الميتة وصار مالاً، فإن لصاحبه أن يسترده، ينظر: إن دبغه بشيء لا قيمة له [كالتتريب والتشميس]، لم يغرم شيئـًا؛ لأنه لم يوجد [فيه للغاصب] إلا مجرد العمل، [ومجرد العمل] لا قيمة له إلا بشرطٍ، أو ما يقوم مقام الشرط،

[ولم يوجد]، وإن دبغه بشيء له قيمة [كالعَفْصِ والقَرَظ[١]]، ضمن للغاصب ما زاد الدباغ فيه، وإن استهلكه الغاصب بعد الدباغ: [إن كان] دبغه بشيء لا قيمة له ضمن قيمته لصاحبه بالإجماع، وإن كان دبغه بشيء له قيمة، لم يضمن لصاحبه شيئاً عند أبي حنيفة، وعندهما: يغرم قيمته أن لو كان الجلد ذكيا غير مدبوغ[٢].

[ضَمَانُ إِتْلَافِ المِثْلِيات]

قال: (**ومن أتلف شيئًا لرجل مما له مثل من جنسه، ثم انقطع ذلك من أيدي الناس**)[٣]، وصار مثله غير موجود بثمن غال ولا بثمن رخيص، فصاحب المال بالخيار: إن شاء انتظر إلى وجود مثله فيأخذ المثلي، وإن شاء لم يتربص وأخذ القيمة.

[فإذا أخذ القيمة]، اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال: قال أبو حنيفة: يضمن قيمته وقت الخصومة، وقال محمد: يغرم قيمة آخر ما كان موجوداً وبه أخذ الطحاوي[٤]، وقال أبو يوسف: يغرم قيمته وقت الاستهلاك أو وقت الغصب[٥].

---

(١) العَفْصُ: شجرة البَلُّوط، وثمرها، وهو دواءٌ قابض مجفف). المعجم الوسيط (عفص).
(والقَرَظ: ورق السَّلَم يُدْبغ به، وقيل: قشر البلوط). مختار الصحاح (قرظ).

(٢) في م (يضمن قيمته مدبوغـًا، ويعطيه صاحب الجلد ما زاد الدباغ فيه).

(٣) مختصر الطحاوي ص١١٩.

(٤) انظر: المصدر السابق نفسه.

(٥) (وجه قول أبي حنيفة: أن انقطاعه من أيدي الناس، لم يُسقط المثل الذي كان واجبـًا بالغصب عن ذمته ...، وإذا كان المثل هو الثابت في الذمة في حال الخصومة، واحتجنا في نقله إلى القيمة، وَجَبَ اعتبار القيمة يوم يريد النقل)، كما قال الجصاص ٣/ ٣٣٣.

[ضمان إتلاف المصوغات]

قال: (**ومن عدا على قُلْب رجل فهشمه، وكان القُلْب**[١] **فضة، فصاحب القلب بالخيار: إن شاء أخذه مهشومًا ولا شيء له غيره، وإن شاء ضمنه [قيمته] مصوغًا من ذهب، ولو كان القلب من ذهب [كان بالخيار: إن شاء] [أخذه مهشومًا، لا شيء له غيره، وإن شاء]**[٢] **ضمنه [قيمته] مصوغًا من فضة**)، إنما يفعل ذلك توقيًا عن الضرر، والربا؛ [لأنه] لو قُوِّمَ كل واحد منهما بجنسه فلا يخلو: عن الضرر والربا، فإنه لا يجوز تقويمه بجنسه بأكثر من وزنه، وفيه مضرة لصاحبه؛ لأن للصياغة قيمة، ولو قُوِّمَ بأكثر من وزنه يكون ربا؛ فلذلك يُقَوَّمُ بخلاف جنسه[٣].

ولو أراد أن يضمنه قيمة النقصان ويأخذ المهشوم، فليس له ذلك؛ لأنه لم ينتقص من وزنه شيء، فأخذ النقصان معه يؤدي إلى الربا.

وبعدما قضي عليه بالقيمة من خلاف الجنس، لو تفرقا قبل التقابض من الجانبين، [فإنه] لا يبطل القضاء؛ لأن القيمة قامت مقام العين، وعند زفر: يبطل؛ لأنه صرف.

ثم الذهب والفضة بالصياغة لا يخرجان عن [اعتبار] الوزن، وغير الذهب والفضة: من الحديد والصفر، قد يخرج بالصناعة عن حدّ الوزن، وقد لا يخرج، فإن كان لا يخرج عن حد الوزن بالصناعة كما إذا كان في موضع يباع وزنًا ولا يباع عدداً، فيكون حكمه كحكم الذهب والفضة المصوغ، فإذا كسره رجل، أو أحدث

---

(١) (قُلْبُ الفضة -بالضم- سِوَار غير مَلْوِي، مستعار من قُلْب النخلة لبياضه). المصباح (قُلْب).

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من المختصر ص١١٩.

(٣) (والأصل في ذلك: أن ما لا يجوز التفاضل فيه، متىٰ أحدث فيه نقص، لم يجز أن يسلَّم له الوزن، أو الكيل وزيادة؛ وذلك لأن ذلك النقصان لا قيمة له إلاّ إذا لاقىٰ جنسه، وله قيمة إذا لاقىٰ غير جنسه، فلا يجوز للمالك أن يأخذ القُلْب والنقصان؛ لأنه يحصل له زيادة). شرح المختصر ٣/ ٣٣٤.

فيه عيباً فاحشاً أو يسيراً، يُخَيَّرُ صاحبه: بين الجنس بغير شيء، وبين التسليم إلى الكاسر بالقيمة من الدراهم والدنانير، ولا يكون التقابض من شرطه بالإجماع.

وإن خرج بالصناعة عن حدّ الوزن وصار عددياً، فإنه ينظر: إن كان الكسر لم يورث فيه عيباً فاحشاً، فليس لصاحبه خيار الترك، ولكنه يحبسه ويضمنه قيمة النقصان؛ لأنه يؤدي [لا] إلى الربا، وإن كان الهشم أورث عيباً فاحشاً، فصاحبه بالخيار: إن شاء حبسه ويأخذ منه / قيمة النقصان، وإن شاء سَلَّمَه إلى الكاسر، [١٨١-ب] وضمنه قيمته صحيحاً غير مكسور[1].

[ضَمَانُ إِتْلَافِ الدِّرْهَمِ والدِّيْنَارِ]

(وإذا كسر رجل لرجل ديناراً أو درهماً)[2] فإنه ينظر: إن كان صحيحهما ومكسورهما لا يتفاوت، فلا ضمان على الكاسر، وإن كان يتفاوت فالمالك بالخيار: إن شاء حبس المكسور لنفسه ولا شيء له، وإن شاء سَلَّمَهُ إلى الكاسر وضَمَّنَهُ مثله غير مكسور؛ لأنه مثلي.

ولو كسر درهما لرجل فتبيّن أنه كان سَتُّوقاً أو رَصاصاً وقبل الكسر كان يروج، فلا ضمان على الكاسر؛ لأنه أظهر فيه الغش والخيانة[3].

ولو اغتصب حنطة رجل فعفنت عنده أو ابتَلَّتْ، أو دخل فيها عيب فاحش أو يسير، فصاحب الحنطة بالخيار: إن شاء حبس الحنطة ولا شيء له غيرها؛ لأنه يؤدي إلى الربا، وإن شاء سَلَّمها إلى الغاصب وضمنه مثلها غير معيب.

وكذلك [هذا] الحكم في جميع الكَيْلِيَّاتِ والوَزْنِيَّات إذا نقص من وصفه لا

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٣٣٤، ٣٣٥.

(٢) وتكملة العبارة: (... كان به بالخيار: إن شاء أخذه مكسوراً لا شيء له غيره، وإن شاء سلّمه إليه، وضمنه في الدينار ديناراً مثله، وفي الدرهم درهماً مثله)، ص١١٩.

(٣) انظر: الشرح ٣/ ٣٣٥.

من الكيل والوزن.

[ضَمَانُ الثَّوبِ المَغْصُوبِ المَقْطُوعِ]

قال: (**ومن غصب من رجل ثوبًا فقطعه**)[١] ولم يَخِطْه فإنه، ينظر: إن كان القطع لا يورث عيبًا فاحشًا، [فلصاحبه أن يأخذه ويضمنه نقصان القطع، وليس له] خيار الترك [على الغاصب]، وإن كان القطع يورث عيبًا فاحشًا [من حيث يكون مستهلكًا له]، فإن صاحب الثوب بالخيار: إن شاء أخذ ثوبه وضمنه قيمة النقصان، وإن شاء [تركه له] بقيمته صحيحًا[٢].

ولو خَاطَهُ [فقد] انقطع مِلْكَ صاحبه عنه، وضَمَّنَهُ قيمته وقت الغصب.

وكذلك لو غصب حنطةً فطحنها، أو غصب لحمًا فشواه أو طبخه، أو غصب دقيقًا فخبزه، أو حديدًا فضربه سيفًا، أو قطنًا فغزله، أو غزلاً فنسجه، انقطع يد صاحبه عنه، وضمن له المثل [في المثلي، والقيمة في غير المثْلي].

ولو غصب فضة فصاغها حليًا، أو ذهبًا فصاغه، [كذلك] فإن له أن يسترده ولا يضمن للغاصب شيئًا لأجل الصياغة؛ لأنه لم يوجد إلا مجرد العمل، إلا إذا جعل الفضة أو الذهب صفة من أوصاف ماله، من حيث يكون في نزعه مضرة، كما لو جعله عروة مزادة، أو صفائح في سقفه، أو ما أشبه ذلك، انقطع ملك[٣] صاحبه [عنه بالصياغة] وضمن مثله وقت الغصب، وهذا قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف ومحمد: انقطع ملك[٤] صاحبه عنه بالصياغة أيضًا، ويضمن لصاحبه مثله وقت الغصب.

---

(١) مختصر الطحاوي ص ١١٩.
(٢) وهذا ما ذكره الطحاوي في المتن، إلّا أن الشارح هنا ذكر ذلك بإسلوب مبَسَّطٍ، وميسَّرٍ، ومرتَّبٍ.
(٣) في م، ج (يد).
(٤) في م، ج (يد)

وكذلك هذا الاختلاف فيما إذا ضرب الفضة دراهماً أو الذهب دنانيراً، وأما إذا سبكه ولم يصغه أو جعله مطولاً أو مربعاً أو مدوراً، فلا ينقطع ملك صاحبه عنه بالإجماع.

ولو كان المغصوبِ غير الذهب والفضة من الصفر والنحاس، فإنه ينظر: إن أخرجه بالضَّرْبِ والصِّنَاعَةِ عن حَدِّ الوزن، وصار عددياً، انقطع ملك صاحبه عنه بالإجماع، وضمن لصاحبه مثله، وإن لم يخرجه عن حد الوزن، فعلىٰ الاختلاف الذي ذكرنا في الذهب والفضة.

وإن خلط مال غيره بماله [من جنسه] خلطاً لا يقدر على تمييزه، وصار مستهلكاً عند أبي حنيفة، وعلى الغاصب مثل ما خلط، وعندهما: المغصوب منه بالخيار: بين أن يشاركه، وبين أن يضمنه مثل ماله.

ولو باعه بعد الخلط ينقطع ملك صاحبه عنه بالإجماع، وضمن مثله لصاحبه وقت الغصب.

[صِبْغُ الثَّوْبِ المَغْصُوْبِ]

قال: (**ولو غصب ثوباً من رجل، فصَبَغَه بعُصْفُر أو بزعفران، أو بشيء**[١] **ما يزيد في الثوب، فصاحب الثوب بالخيار: بين أن يأخذ ثوبه ويضمن للغاصب ما زاد الصبغ فيه، وإن شاء سَلَّم الثوبَ [إلى الغاصب، وضمن قيمته وقت الغصب أبيض**)[٢]، والخيار إلى صاحب الثوب] دون الغاصب؛ لأن ماله متبوع، ومال [١٨٢-أ] الغاصب تبع، والخيار لصاحب المتبوع /

(١) في م، ج (بصبغ يزيد).

(٢) مختصر الطحاوي ص١١٩، ١٢٠. (وذلك لأن صبغه بالعُصْفر، لا يزيل عظم منافعه، وإنما تحصل فيه زيادة من مال الغاصب، لا يمكن المغصوب منه أخذه إلاّ بضمان قيمة الزيادة؛ لأنه مال قائم فيه، فإنما وجب له الخيار من أجل ذلك). انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٣٢١ وما بعدها.

ولو اغتصب من رجل ثوبـًا، ومن آخر صبغـًا وصبغه به، ضمن لصاحب الصبغ صبغـًا مثله، لأنه أتلفه حيث صبغ به الثوب، وصار [بعد ذلك] كأنه صبغ بصبغ نفسه، وحكمه ما ذكرنا.

ولو أن ثوبـًا هبت به الريح فألقته في صبغ إنسان، فانصبغ به الثوب، والصبغ مما يزيد في قيمته، فصاحب الثوب بالخيار: بين أن يحبس الثوب ويغرم لصاحب الصبغ ما زاد الصبغ فيه، وبين أن يتركه عليه ويضمنه قيمة الثوب أبيض، فإن أبىٰ ذلك يباع الثوب المصبوغ، فيقتسمان الثمن على ذلك.

ولو صبغ الغاصب الثوب المغصوب أسود، فإن أبا حنيفة رضي الله تعالىٰ عنه قال: السواد نقصان، وصاحب الثوب بالخيار: بين أن يتركه للغاصب ويضمنه قيمته أبيض، وبين أن يأخذ الثوب ويضمنه النقصان، وعند أبي يوسف ومحمد: السواد زيادة فيكون حكمه على ما ذكرنا في العصفر، وقيل: إنه لا اختلاف بينهم في الحقيقة؛ لأن جواب أبي حنيفة خرج في السواد الذي ينقص الثوب، وجوابهما خرج في السواد الذي يزيد الثوب.

[والله سبحانه وتعالىٰ أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب]

كِتَابُ الشُّفْعَةِ[1]

[الشُّفْعَةُ فِي العَقَارَاتِ]

قال أبو جعفر رحمه الله: (لا شُفعة فيما سوىٰ الدُّوْرِ والعَقَار)[2].

[يعني]: لا تجب الشفعة في المنقولات بحال، وإنما تجب في العقارات: كالدور، والكروم، والحانوت، والطاحونة وغيرها، وإنما تجب الشفعة فيما إذا ملكه بعوض هو عين مال، فأما إذا ملكه بغير عوض: كالهبة، والصدقة، والوصية، والميراث، أو ملكه بعوض ليس بمال، فلا شفعة فيه، كما إذا جعل مهراً في النكاح، أو بدلاً في الخلع، أو صولح عليه من دم العمد.

---

(١) الشُّفعة في اللغة: اسم للملك المشفوع بملكك، من قولهم: كان وترًا فشفعته بآخر، أي: جعلته زوجًا له.

أما الشفعة في الاصطلاح الفقهي: فهي حقُّ تملُّك العقار المبيع أو بعضه، ولو جبراً على المشتري، بما قام عليه من الثمن والمؤن، مأخوذة من الشُّفع: وهو الضمّ إلى الفرد؛ لأن الشفيع يضمُّ ما شفع فيه إلى نصيبه). معجم المصطلحات الاقتصادية ص٢٠٧.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٢٠. وعلل الجصاص ذلك بقوله: (وذلك لأنه لا خلاف بين الفقهاء في انتفاء وجوبها في الثياب، ونحوها من العروض، والمعنىٰ فيها: أن التأذي بالشركة فيها، ليس على جهة الدوام والبقاء ....، وروي في آثار: (لا شفعة إلاّ في أرض أو رَبْع) [رواه البزار مرفوعاً من حديث جابر بسند جيد، كما في التلخيص الحبير ٣/ ٥٥؛ ونصب الراية ٤/ ١٧٨]، وروىٰ جابر عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (الشفعة في كل شِرْكٍ: في أرض، أو رَبْع، أو حائط) [مسلم (١٦٠٨)]، وهذا اللفظ ينفي وجوب الشفعة في غير العقار؛ لأن قوله: (الشفعة) للجنس؛ لدخول الألف واللام عليه، واستغراقه لجميع ما تناوله، فلا تبقىٰ هناك شفعة في غير ما ذكر من الأرض، والرَّبعة، والحائط)، كما قال الجصاص في الشرح ٣/ ٣٤٢.

ولو تزوَّجها على مهر مسمّىٰ، ثم باع داره من المرأة بذلك المهر، أو تزوجها بغير مهر مسمّىٰ، ثم فرض لها داره لها مهراً، فلا شفعة فيها.

ولو صولح عليها من الجناية التي توجب الأرش دون القصاص، تجب فيها الشفعة بالأرش.

ولو جعلها أجرة في الإجارات فلا شفعة فيها؛ لأن بدلها ليس بعين مال.

[الشفعاء ثلاثة]

[والشفعاء] ثلاثة: شريك لم يقاسم في ذلك البيع، وخليط وهو الذي قاسم [وبقيت] له خلطة في الطريق أو في الشِّرْب، والجار الملاصق: فأولاهم: الشريك في الخلط[(١)]، ثم الجار الملاصق، وعند الشافعي رحمه الله تعالىٰ: لا تسقط الشفعة إلا للشريك الذي لم يقاسم[(٢)].

وذكر مسألة يجمع حكم هؤلاء: وهي أن داراً فيها مساكن، وباب الدار إلى سِكَّةٍ غَيْر نافذةٍ، وأبواب المنازل إلى هذه الدار، وكل منزل منها لرجل على حِدَةٍ [إلاّ منزلاً] منها لرجلين، ولهذا المنزل المشترك جار ملاصق على ظهره، فباع أحد شريكي المنزل نصيبه، (فإن الشفعة للشريك الذي لم يقاسم).

ولو سَلَّمَ الشريك شفعته، أو لم يطلب عند سماعه بالبيع، فإن الشفعة لأرباب

---

(١) كما جعل قاضيخان الخليط أولًا، وإنما جعل الطحاوي (أولىٰ الشفعاء بالمبيع: الشريك الذي لم يقاسم، ثم يتلوه الشريك الذي قاسم، وبقيت له شركة في الطريق، ثم الجار الملاصق ...)، ص١٢٠. انظر: خزانة الفقه ص٢٤١.

وإنما كان الشريك في المبيع أولىٰ؛ لحديث جابر: (قضىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يُقْسم) [البخاري (٢٢٣٧)؛ ومسلم (١٦٠٨)]. انظر: فتاوىٰ قاضيخان ٣/ ٤٧٥؛ مختصر الطحاوي ٣/ ٣٥١.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٢٠؛ المهذب ٣/ ٤٤٧؛ المنهاج ص ٢٩٦.

المنازل؛ لأنهم خُلَطاء في الطريق، وخلطتهم أخص من خلطة أهل السِّكَّةِ.

ولو لم يطلبوا الشفعة عند سماعهم بالبيع، وسَلَّموا جميعاً الشفعة إلاّ واحداً منهم، فهو أولىٰ من أهل السِّكَّة؛ لأن له خلطة طريق المنزل، وليس لأهل السكة في الدار خلطة.

ولو لم يطلبوا عند السماع بالبيع، فالشفعة حينئذٍ للجار الملاصق(١).

ولو أن سكة غير نافذة وفيها دور طريقهم فيها، ثم إن واحداً من أهل السِّكَّةِ باع داره من أهل أعلىٰ السكة، أو من أسفلها، فأهل السكة كلهم شفعاء، ويستوي فيه الملاصق وغير الملاصق؛ لأنهم كلهم خُلَطاء في الطريق.

ولو كانت في السكة سكة أخرىٰ غير نافذة، فإن بيعت في السكة السفلىٰ / [١٨٢-ب] دار، فأهلها أولىٰ بالشفعة من أهل السكة العليا؛ لأن خلطتهم أكثر من خلطة أهل السكة العليا.

ولو أن داراً بيعت في السكة العليا، فأهل السكة العليا وأهل السفلىٰ فيها سواء؛ لأن خلطتهم في السكة العليا سواء.

ولو كانت السِّكَّة نافذة فبيعت دار فيها، فالشفعة للجار الملاصق دون الجار المقابل.

وكذلك لو أن نهراً يسقىٰ منه أراضي معدودة، [أو كَرْم معدودة]، فبيعت

---

(١) (والشفعة تجب بعقد البيع، وتستقر بالطلب والإشهاد)، كما في خزانة الفقه ص٢٤١.

(والدليل على وجوب الشفعة للجار الملاصق: ما روىٰ جابر عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (الجار أحق بشفعة جاره، ينتظر بها وإن كان غائباً، إذا كان طريقهما واحداً) [أبو داود (٣٥١٨)؛ والترمذي (١٣٦٩)؛ وابن ماجه (٢٤٩٤)؛ انظر في تصحيح الحديث وما قيل في رجال السند: نصب الراية ٤/ ١٧٣])، قال الجصاص: (فنصّ الخبر على وجوب الشفعة في الدار التي لا شِرك فيها؛ لأجل الشركة في الطريق)، ١/ ٣٤٤.

أرض من تلك الأراضي، أو كَرْم منها، فهم شفعاء كلهم؛ لأنهم كلهم خلطاء فيه، ويستوي فيه الملاصق وغير الملاصق.

ولو كان النهر عاماً فإن الشفعة للجار الملاصق، والحد الفاصل بين الخاص والعام قدر بعضهم بالإحصاء:

وقال بعضهم: إذا كانوا دون المائة فهو خاص، وإن كانوا أكثر من ذلك فهو عام، وقال بعضهم: ذلك موكَّل إلى رأي الإمام القاضي، فإن رآه خاصاً قضىٰ لأهله بالشفعة، وإن رآه عاماً قضىٰ للجار.

[الإِشْهَادُ بِطَلَبِ الشُّفْعَةِ بعدَ العِلْمِ]

قال: (**وإذا وقع البيع فيما تجب فيه الشفعة، فلم يعلم الشفيع بذلك ثم علم، فإن أشهد مكانه فهو على شفعته، وإلا بطلت شفعته**)(١).

الأصل في هذا: أن (الشفعة تجب بالبيع، وتستحق [بالإشهاد] والطلب، وتملك بالأخذ)(٢).

فمعنىٰ قولنا: إن الشفعة تجب بالبيع: أن الشفيع لو طلب الشفعة قبل البيع لا يصح طلبه، ولو سَلَّم الشفعة قبل البيع لا يصِحُّ تسليمه، ولو سَلَّم بعد البيع وهو لا يعلم بالبيع، بطلت شفعته؛ لأن التسليم حصل بعد وجوبها.

ولو سكت بعد البيع ولم يطلب، إن كان سكوته مع العلم بالبيع بطلت شفعته،

(١) مختصر الطحاوي ص١٢٠.

(٢) ما بين القوسين من عبارة الطحاوي في المختصر ص١٢١، وقال الجصاص في قول الطحاوي: (تجب بالبيع): (أن حق الطلب يجب بالعقد، فإذا طلب، ثَبَتَتْ الشفعة وصحّت، ولا تُملك حتى يقضىٰ به؛ وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، فلا يملكه عليه إلاّ بالتراضي، أو بحكم الحاكم إذا كان نافذاً عليه ...)، ٣/ ٣٥٥.

وإن كان لا يعلم بالبيع، لا تبطل شفعته [بالسكوت] وتستحق بالطلب(١).

والطلب طلبان: طلب [مواثبة](٢)، وطلب استحقاق:

أما طلب المواثبة فعند سماعه بالبيع من غير سكوت، ويشهد على طلبه شهوداً، ثُمَّ لا يمكث حتى يمضي إلى المشتري أو إلى البائع، إن كانت الدار في يده أو إلى الدار المبيعة، فإن كانت الدار في يد المشتري: إن شاء أشهد على المشتري بطلب الشفعة، وإن شاء أشهد عند الدار.

ولو طلب من البائع بطلت شفعته، وطلب عند واحد من هؤلاء طلباً آخر: وهو طلب استحقاق، وأشهد عليه شهوداً، فإذا أثبت الشفيع شفعته بطلبين، وأبىٰ المشتري أن يُسَلِّمَها إليه، فهو على شفعته أبداً، ولا تبطل شفعته بعد ذلك بترك الطلب في ظاهر الرواية.

وروي عن محمد: أنه إذا مضىٰ شهر ولم يطلب مرة أخرى، بطلت شفعته [بترك الطلب]، وهي إحدىٰ الروايتين عن أبي يوسف.

وروي عنه في رواية أخرىٰ: أن له أن يطلب في كل مجلس من مجالس القاضي، وإذا ترك مجلس من مجالسه ولم يطلب، بطلت شفعته.

---

(١) (ويشترط في الطلب: أن يُشْهِد في محله على المطالبة، ثم ينهض منه)، كما قال أبو الليث في خزانة الفقه ص٢٤٢.

(٢) في الأصل (المواتية)، والمثبت ما يدل عليه السياق، والمواثبة: مفاعلة من وَاثَب: المسارعة والمبادرة، والغرض هنا: طلب الشفعة حين يبلغه الخبر ما دام في المجلس. انظر: فتاوىٰ قاضيخان ٣/ ٤٦٨.

وذلك لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (إنما الشفعة كنَشْطَةِ عِقال، فإن قيّدها مكانه، ثبت حقه، وإلاّ فاللوم عليه إذا لم يقدر عليه)، أخرجه ابن ماجه بلفظ: (الشفعة كحل العقال) (٢٥٠٠)؛ وقال ابن حجر في التلخيص الحبير: (إسناده ضعيف جداً)، بعد أن عزاه لابن ماجه والبزار، ٣/ ٥٦.

وكذلك إذا اختصما إلى القاضي، فإن القاضي يؤجل الشفيع لإحضار الثمن قدر ما يرىٰ، فإن أحضر الثمن في ذلك المدة قضىٰ له بالشفعة، وإلا بطلت، ولا ينبغي للقاضي أن يقضي بالشفعة حتى يحضر الثمن، وإن قضىٰ فلا ينفذ قضاؤه، وكان للمشتري أن يحبس الدار عن الشفيع حتىٰ ينقده الثمن(١).

[تَمَلُّكُ الشَّفِيعِ الدَّارَ]

وإنما يملك الشفيع الدار: إما بقضاء القاضي، أو بتسليم المشتري إليه، ولا يملكها الشفيع قبل ذلك.

وإن أثبت الشفعة بطلبين، حتى أن المبيع لو كان كرمًا فأكل المشتري ثماره سنين، فإنه لا يكون مضمونًا عليه، ولا يطرح عن الشفيع شيئًا من الثمن لِمَا أكل من ثماره، إذا كان قد حدثت الثمار بعدما قبض المشتري الكَرْم، فهذا معنىٰ قولنا: إنه يملك بالأخذ لا بالطلب على الانفراد.

[صِيَغُ طَلَبِ الشَّفْعَةِ]

[١٨٣-أ] ولفظ الطلب: روي عن / محمد بن مقاتل الرازي أنه يقول: طلبت الشفعة، وأطلبها، وأنا طالبها، وعن محمد بن سلمة أنه قال: يقول: طلبت الشفعة فحسب، وروي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني أنه قال: لا تراعىٰ ألفاظ الطلب، فإذا طلب الشفعة بأي لفظ كان بعد أن يعرف أنه قد طلبها، فقد كفىٰ؛ لأن محمداً رحمه الله تعالىٰ لم يشتغل في كتبه بمراعاة الألفاظ.

---

(١) انظر: خزانة الفقه ص٢٤٢.

[المِثْلُ أَو القِيْمَةُ فِي ثَمَنِ المَشْفُوْعِ]

قال: **(وإذا كان ثمن المشفوع فيه له مِثْل، أخذه الشفيع بمثله، وإن لم يكن له مثل، أخذه الشفيع بقيمته)**[(١)]؛ لأن ما لا مثل له من جنسه، فقيمته تقوم مقامه[(٢)].

[القَضَاءُ بِالشُّفْعَةِ بِمَحْضَرِ البَائِعِ والمُشْتَرِي]

قال: **(والخصم في الشفعة التي يقضي بها ينظر: إن كانت الدار في يد البائع، فلا يقضي للشفيع بالدار حتى يكون البائع والمشتري حاضرين، أما حضرة البائع فلأن اليد له، وأما حضرة المشتري فلأن الملك له، فإذا قضىٰ له بحضرتهما نقد الشفيع الثمن إلى البائع، وتكون عهدته عليه، وبطل البيع الذي جرىٰ بينه وبين المشتري)**[(٣)].

وإذا كانت الدار مسَلَّمة إلى المشتري، فحضرة البائع ليس بشرط؛ لأنه لا يد له ولا ملك، وإنما يشترط حضرة المشتري خاصة، فإذا قضىٰ للشفيع، فإنه ينقد الثمن إلى المشتري، وتكون العهدة عليه، ولا يبطل البيع الذي جرىٰ بينه وبين البائع.

[الشُّفْعَةُ عَلَىٰ عَدَدِ الرُؤُوْسِ]

قال: **(والشفعة للشفعاء على عدد رؤوسهم لا على مقادير أنصبائهم)**[(٤)]، وهذا عندنا، وقال الشافعي: على مقادير الأنصباء[(٥)].

---

(١) مختصر الطحاوي ص ١٢١.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٣٥٥.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٢١.

(٤) مختصر الطحاوي ص ١٢١. (وذلك لأن صاحب القليل، يستحق شفعة جميع المبيع، كما يستحق صاحب الكثير لو انفرد، فلما تساويا في ذلك، تساويا في الاستحقاق)، كما قال الجصاص ٣/ ٣٥٨.

(٥) وهو الراجح من القولين، ويستحق الشفعاء الشفعة على قدر الحصص. كما في المهذب =

وصورة المسألة: وهو أن داراً لثلاثة نفر: لأحدهم نِصْفُها، وللآخر ثُلُثُها، وللآخر سُدُسُها، فباع صاحب النصف جميع نصيبه، وطلب الشريكان الشفعة قضىٰ بينهما نصفين عندنا، وقال الشافعي: يقضي بينهما أثلاثـًا: ثُلُثُها لصاحب السُّدُس، (وثُلُثاها لصاحب الثُّلُث على مقدار نصيبهما)[1].

ولو أن داراً بيعت ولها شفيعان جاران: جوار أحدهما بثلاثة أرباع الدار، وجوار الآخر بربعها، أو جوار أحدهما قدر شبر من الدار، وطلبا جميعـًا الشفعة، فإنه يقضي بينهما نصفين عندنا، وعند الشافعي: لا تجب الشفعة للجار[2].

[الشُّفْعَةُ لِمَنْ حَضَرَ أَوَّلاً]

ولو حضر واحد من الشفعاء أولاً وأثبت شفعته، فإن القاضي يقضي له بجميع الدار، ثم ينظر: إذا حضر شفيع آخر وأثبت شفعته، إن كان الثاني شفيعـًا مثل الأول، فيقضي بنصف الدار له، وإن كان الثاني أَولىٰ من الأول: بأن كان الأول جاراً، وهذا خليط، فالقاضي يبطل شفعة الأول ويقضي بجميع الدار للثاني، وإن كان الثاني دون الأول بالشفعة، فإن القاضي لا يقضي للثاني بالشفعة.

وكذلك حكم الشراء: لو أن رجلاً اشترىٰ داراً وهو شفيعها، ثم جاءه شفيع مثله، يقضي القاضي له بنصفها، وإن جاء شفيع آخر أولىٰ منه، فإن القاضي يقضي له بجميع الدار، وإن جاء شفيع دونه فلا شفعة له[3].

= ٣/ ٤٦٢؛ والمنهاج ص ٢٩٨.

(١) في م (وثلثها لصاحب الثلث، وثلثها لصاحب النصف، على مقادير أنصبائهم). انظر: المهذب ٣/ ٤٦١، ٤٦٢.

(٢) انظر: المهذب ٣/ ٤٤٧.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٣٥٨.

[القَوْلُ إِذَا اخْتَلَفَ الشَّفِيعُ والمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ]

قال: (**وإذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن، فإن القول: قول المشتري مع يمينه**)[١]، والشفيع بالخيار: إن شاء أخذ بالثمن الذي قال المشتري، وإن شاء ترك، ولو أن البائع صدق الشفيع، فإنه ينظر: إن لم يقر البائع باستيفاء الثمن فالقول: قول البائع، ويأخذها الشفيع بذلك، ولا يصدق المشتري على الزيادة، وإن كان البائع قد أقر باستيفاء الثمن قبل ذلك، فلا يصدق البائع، والقول: قول المشتري، هذا إذا لم يقم لأحدهما بَيِّنَة، ولو قامت لأحدهما البينة على الانفراد، قبلت بينته، [وإن أقاما جميعًا البيّنة، فالبيّنة بيّنة الشفيع في قولهما، وفي قول أبي يوسف: البيّنة بيّنة المشتري؛ لأنه يثبت الفضل، كما لو اختلف البائع والمشتري][٢]، وأقاما جميعاً البينة، قبلت بينة / البائع بالإجماع. [١٨٣-ب]

ولأبي حنيفة علتان في هذه المسألة: إحداهما اعتل بها أبو يوسف لأبي حنيفة ولم يأخذ بها، والأخرىٰ اعتل بها محمد وأخذ بها.

أما علة أبي يوسف: فهي أن الشفيع هاهنا أشبه بالمدعي؛ لأن علة المدعي أن يكون مُخَيَّراً في دعواه، وإذا ترك دعواه ترك، وذاك هاهنا الشفيع، فإنه مُخَيَّرٌ في الدعوىٰ، والمشتري مجبور على الدعوىٰ، والبينة إنما تقبل من المدعي.

---

(١) مختصر الطحاوي ص ١٢٢. (وذلك لأن الدار في ملك المشتري، والشفيع يريد نقلها إليه بالثمن، فالقول قول المشتري فيما يستحق به النقل، كالبيِّع مع المشتري.

والأصل فيه: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (إذا اختلف البيِّعان، فالقول ما قال البيِّع، أو يَتَرَادَّانِ) [أخرجه الترمذي (١٢٧٠)؛ وابن ماجه (٢١٨٦)؛ وابن الجارود في المنتقىٰ ١/١٥٨؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٥/٣٣٣، وغيرهم]، فجعل القول قول البيِّع والشفيع؛ لأنه لم يكن بينهما عقد، ولم ينتقل الملك إليه بعدُ، وإنما هو ملك المشتري). شرح مختصر الطحاوي ٣/٣٥٩.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من م، ج.

فأما علة محمد لأبي حنيفة التي أخذ بها: فهي أن المشتري ظهر له إقراران: إقرار بما قاله الشفيع، (وإقرار بما يقول القاضي)[١]، فقد ظهر في حق الشفيع عقدان، فله أن يأخذ بأيهما شاء؛ إذ العقد الثاني لا يفسخ العقد الأول في حقه، ألا ترىٰ أنهما لو تبايعا داراً بألف درهم ثم تبايعا بألفين، فإن العقد الثاني يرفع [العقد] الأول في حقهما، وفي حق الشفيع كلاهما قائمان، فله أن يأخذ بأي العقدين شاء، كذا هاهنا.

وهذا بخلاف البائع مع المشتري إذا اختلفا وأقاما جميعاً البينة، فإنّ البينة: بينة البائع؛ لأن هناك لم يظهر إلا عقدٌ واحدٌ؛ لأن [العقد] الثاني رفع العقد الأول [في حقّه]، وكذلك لا يلزم على العبارة الأولىٰ أن البائع أشبه بالمدعي؛ لأنه لو ترك دعواه ترك.

ولو اختلف الشفيع والمشتري في مقدار قيمة العوض -الذي هو بدل الدار- فإن القول: قول المشتري مع يمينه، وإن أقاما البينة فالبينة بينة المشتري أيضاً؛ لأنها تثبت الفضل في القيمة، وهذا قول أبي يوسف ومحمد، وهو قول أبي حنيفة على قياس العلة التي اعتل بها محمد؛ لأنه ما ظهر هاهنا إلا عقد واحد، وهو العقد على عرض بعينه، وإنما اختلفا في القيمة التي وقع عليها العقد: على قياس العلة التي اعتل بها أبو يوسف، وينبغي على قوله أن تكون البينة بينة الشفيع؛ لأنه أشبه بالمدعي، وهكذا ذكر الطحاوي[٢].

[خِيَارُ الرُّؤْيَةِ لِلشَّفِيْعِ]

قال: (وللشفيع خيار الرؤية فيما يأخذه بالشفعة)[٣]، وله خيار الرَّد بالعيب إن وجده معيباً.

---

(١) في م هنا (وإقرار بما يقول لنفسه).

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١٢٢؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٣٥٩؛ ٣٦٠.

(٣) وتكملتها في المختصير: (إذا لم يكن رآه قبل ذلك) ص١٢٢.

اعلم أن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء المستقبل، ويثبت فيه من الحقوق ما يثبت في الشراء المستقبل: من الرَّدِّ بخيار الرؤية، والعيب إذا علمه، فإن كان المشتري قد رآها ولم يرها الشفيع، لو أبرأ المشتري البائع عن العيوب، لا يبطل خيار الشفيع في الرد بالعيب، ولو كان الثمن على المشتري مؤجلاً، فلا يكون ذلك الأجل أجلًا للشفيع، فهو بالخيار: إن شاء عجل الثمن وأخذ الدار في الحال، وإن شاء انتظر إلى محل الأجل ثم يأخذها.

وكذلك لو كان المشتري اشتراها: على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم أخذها الشفيع، فليس له ردها بخيار الشرط[١].

[تَفْرِيقُ صَفْقَةِ المُشْتَرِي لِلشَّفِيْعِ]

قال: **(ومن اشترىٰ داراً من رجلين[٢] صفقة واحدة، وقبضها أو لم يقبضها، فأراد الشفيع أن يأخذ ما باع أحدهما دون صاحبه، فليس له ذلك؛ لأن المشتري واحد والصفقة واحدة، فليس له أن يفرق [الصفقة][٣] عليه)**[٤].

ولو كان المشتري اثنين والبائع واحد، وقد اشتريا جميعاً صفقة واحدة أو صفقتين، فإن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشترين، أيهما شاء بما قام عليه؛ لأن الشفعة في الأصل إنما تثبت لدفع أذى الجار، فكان له أن يرضىٰ بجوار أحدهما

---

(١) انظر: الشرح ٣/ ٣٦٠.

(٢) العبارة في المختصر: (... دارين صفقة واحدة) ص١٢٣؛ وعبارة الشرح مثل عبارة المؤلف ٣/ ٣٦٠، ٣٦١.

(٣) في أ (الشفعة)، والمثبت من م، ج. والصَّفْقَةُ: من صَفَق: ضرب اليد على اليد في البيع على إجرائه، ثم استعملت الصفقة في العقد، فقيل: بارك الله لك في صفقة يمينك. انظر: المصباح (صفق).

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص١٢٣؛ (لأن المشتري مَلَك النصيبين صفقة واحدة، فليس للشفيع أن يفرقها عليه). شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٣/ ٣٦٠، ٣٦١.

دون الآخر، وسواء كان قبل قبض الدار أو بعده، وإنما ينظر إلى المشتري إن كان المشتري واحداً اشتراها لنفسه، أو لجماعة بتوكيلهم إياه، والبائع واحد أو جماعة، فاشترى المشتري صفقة واحدة، كان للشفيع أن يأخذ الكل أو يدع، وليس له أن [١٨٤-أ] يفرق الصفقة على المشتري: بأن / يأخذ البعض دون البعض.

ولو كان المشتري جماعة اشتروا لأنفسهم، أو لواحدٍ بتوكيله إياهم صفقة واحدة، أو متفرقة، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم بالشفعة.

ولو أن رجلاً اشترى أرضَيْن أو دارَين من رجلين صفقة واحدة، والداران والأرضان متلاصقان في قرية واحدة، أو في قريتين، وشفيعهما رجل واحد، كان له أن يأخذهما جميعاً أو يدع، فلو كان شفيعهما مختلفان، كان لكل شفيع أن يأخذ الأرض التي هو شفيعها، والدار التي هو شفيعها.

قال: (**والشفعة لا تورث عندنا**)[(١)]، وقال الشافعي: تورث[(٢)].

وصورته: وهو أن داراً بيعت ولها شفيع فطلب الشفعة وأثبتها بطلبين، ثم مات قبل الأخذ بالقضاء، أو بتسليم المشتري إليه، فأراد ورثته أخذها، فليس لهم ذلك، ولو كان الشفيع ملكها بالقضاء أو بتسليم المشتري إليه ثم مات، تكون ميراثاً لورثته[(٣)].

---

(١) مختصر الطحاوي ١٢٣.

(٢) انظر: المهذب ٣/ ٤٦٧؛ الروضة ٥/ ١٠٣.

(٣) وعلّل الجصاص منع الميراث: (لأن الوارث لا يخلو من أن يأخذه للميت، أو لنفسه، ولا يجوز له أخذه لنفسه؛ لأن جواره حادث بعد العقد، ومَنْ حَدَث له جوارٌ أو شركة بعد العقد، لم يستحق به الشفعة في عقد متقدم.

أو يأخذه للميت، ولا يجوز ذلك؛ لأنه يلزم الميت دَيناً، ولا يجوز له ذلك؛ لأنه لا يجوز تصرفه على الميت)، ٣/ ٣٦١.

[مِلْكِيَّةُ الْمُشْتَرِي لِلْمُشْتَرَىٰ إِذَا لَمْ يَأْخُذْهُ الشَّفِيعُ]

قال: (**والمشتري مالكٌ لما اشترىٰ قبل أن يأخذه الشفيع بالشفعة**)(١)، فإن باعه المشتري قبل حضور الشفيع، ثم حضر الشفيع فهو بالخيار: إن شاء أخذه بالبيع الأول، وإن شاء أخذه بالبيع الثاني، فإن أخذه بالبيع الأول انفسخ البيع الثاني، وإن أخذه بالبيع الثاني تم البيعان جميعاً، ولو قعد الشفيع المشتري الثاني، والدار في يده، والمشتري الأول غائب، فإن أراد الشفيع أن يأخذ الدار بالبيع الثاني، فإنه يأخذها من المشتري الثاني، وحضرة المشتري الأول ليس بشرط، وإن أراد أن يأخذها بالبيع الأول، فليس له ذلك حتى يحضر المشتري الأول والثاني جميعاً.

ولو باع نصف الدار ولم يبع جميعها، فأراد الشفيع أن يأخذها بالبيع الأول يأخذ جميع الدار، ويبطل البيع في النصف الثاني، ولو أراد أن يأخذ النصف بالبيع الثاني، كان له ذلك، وبطلت شفعته في النصف الذي في يد المشتري الأول.

[الشُّفْعَةُ إِذَا وَهَبَ الْمُشْتَرِيْ الدَّارَ]

ولو وهب المشتري الأول جميع الدار وسَلَّمها إليه، ثم حضر الشفيع والمشتري، والموهوب له، كان له أن يأخذ الدار بحق شفعته بالبيع دون الهبة، فإن أخذها به بطلت الهبة(٢)، والثمن للمشتري، وإن حضر الشفيع ووجد الموهوب له، فلا خصومة معه حتى يجد المشتري، ثم يأخذها بالبيع، وتبطل الهبة.

ولو وهب المشتري نصف الدار مقسوماً، أو سَلَّمَه إلى الموهوب له، ثم حضر الشفيع، فأراد أن يأخذ النصف الثاني بنصف الثمن، ليس له ذلك [حتى

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٢٣. (وذلك لأن البَيِّعَ كان مالكاً، وقد ملَّكَه إياه، وسلَّطه عليه، فمَلَكه كما كان البيِّع مالكاً). شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٣٦٢.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١٢٣.

يرضىٰ المشتري]، وإنما يأخذ [جميع الدار] بجميع الثمن، وتبطل الهبة، ويكون جميع الثمن للمشتري دون الموهوب له.

ولو اشترىٰ نصف الدار مشاعاً ثم قاسم البائع، ثم جاء الشفيع، بطلت الشفعة وأثبتها، فإن القاضي يقضي له بنصف المشترىٰ مقسوماً، وليس له أن يبطل قسمته، سواء كانت قسمته بالقضاء أو بغير قضاء، ونصيب المشتري وقع من جانب الشفيع أو جانب آخر.

[امْتِنَاعُ الشَّفِيْعِ الأَخْذَ إلاَّ بَعْدَ القَضَاءِ]

قال: (**وللشفيع أن يمتنع عن أخذ المبيع بالشفعة، وإن [بذل له]**[1] **المشتري حتى يقضي له [به] القاضي**)[2]؛ لأن في قضاء القاضي زيادة منفعة: وهي معرفة القاضي بالسبب، فهذا أحوط من الأخذ بغير قضاء.

[اسْتِحْقَاقُ البِنَاءِ فِي الشُّفْعَةِ]

قال: (**ومن أخذ داراً بالشفعة فبنىٰ فيها بناءً، ثم استحقت الدار ونقض عليه بناؤه، رجع الشفيع على الذي نقد الثمن إليه بالثمن خاصة، ولا يرجع عليه بقيمة البناء بخلاف المشتري، فإن المشتري مغرور**)[3]، وبائعه ضمن له فيها قرار بنائه؛ حيث زعم أنه يجوز بيعه، وأما الشفيع فإنه غير مغرور[4]؛ لأنه يأخذ منه شاء أو أبىٰ.

---

(١) في أ، ج (بدله)، وفي م (سلمها)، والمثبت من المختصر ص١٢٣.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٢٣.

(٣) وتكملتها: (... والشفيع غير مغرور)، المصدر السابق نفسه.

(٤) قال أبو الليث: (أربعة أشياء لا يكون الرجل فيها مغروراً: الشفعة، والقسمة، واستيلاد جارية الابن، واستيلاد الجارية المشتركة.

بيانه: رجل أخذ أرضاً بالشفعة، أو قاسم ثم بنىٰ فيها، أو غرس، ثم استحق، لا يرجع الشفيع والمقاسم على البائع والمشتري بقيمة البناء والغرس ...، وكذلك الأب لا يرجع =

[مَسْأَلَةُ المَأْمُوْرِ والقِسْمَةِ]

وكذلك مسألة المأمور: وهي أن جارية لرجل أسرها العدو / وأحرزوها [١٨٤-ب] بدارهم، ثم إن رجلاً منا دخل إليهم[١] بأمان، فاشتراها من الحربي وأخرجها إلى دار الإسلام، فجاء مولاها فأخذها من المشتري بما قامت عليه، فاستولدها ثم جاء مستحق فاستحقها وأقام البينة أنها أم ولد له، أو مدبرته فإن القاضي يقضي له بالعقر وبقيمة الولد والجارية.

ثم إن هذا المولىٰ يرجع على المشتري من الحربي بالثمن الذي دفعه، ولا يرجع عليه بقيمة الولد، بخلاف المشتري إذا استولد جارية المشتري ثم استحقت، فإنه يرجع على بائعه بالثمن وبقيمة الولد؛ لأن هذا المولىٰ إنما أخذها من المشتري من العدو، ويعتبر رضاه، فصار كالشفيع.

وكذلك هذا الحكم في مسألة القسمة: وهي أن داراً بين رجلين اقتسماها بالقضاء أو بغير القضاء، فبنىٰ أحدهما في نصيبه بناءً، ثم استحق نصيبه ونقض عليه البناء، فإنه يرجع على شريكه بالدار فيشاركه فيما حصل له من القسمة، ولا يرجع عليه بقيمة ما نقض من بنائه؛ لأن كل واحد منهما [مجبورٌ][٢] على القسمة، ألا ترىٰ أن أحدهما لو طلب القسمة وأبىٰ الآخر، أجبره القاضي على القسمة مع شريكه.

وبمثله لو كانت داران بينهما فاقتسماها، فأخذ كل واحد منهما داراً على حدة بغير قضاء القاضي، ثم بنىٰ أحدهما في الدار التي حصلت له، والمسألة بحالها، فإنه يرجع على شريكه بنصف قيمة البناء مبنياً، ويكون النقض بينهما نصفين في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: لا يرجع.

= على الابن بقيمة الولد، ولا الشريك على الشريك بقدر الولد)، خزانة الفقه ص٢٤٤.

(١) في م (دخل دراهم).

(٢) في أ، ج (محور)، والمثبت من م.

ولو كان القاضي هو الذي قسم، فلا يرجع عليه بقيمته[١] بالإجماع، ولكنه يشاركه في الدار.

[أمر القاضي المشتري بالنقض إذا قضى بالشفعة]

قال: (**ومن اشترى داراً وقبضها وبنى فيها [بناءً]، أو غرس فيها أشجاراً، ثم جاء الشفيع [فطلب أخذها بالشفعة]، فإن القاضي يقضي له بالشفعة، ويأمر المشتري بنقض البناء وقلع الأشجار التي أحدث فيها**)، إلا إذا كان في قلعها نقصان، ولو أراد الشفيع أن يأخذها مع الأغراس والبناء بقيمتها مقلوعة غير نابتة، فله ذلك، هذا في ظاهر الرواية[٢].

وروي عن أبي يوسف: أنه لا يجبر المشتري على قلع البناء والأغراس، ولكن الشفيع بالخيار: إن شاء أخذها مع البناء والأغراس بقيمتها قائمة على الأرض غير مقلوعة، وبه أخذ الشافعي[٣]، وإن شاء ترك ولا شيء عليه.

ولو أن المشتري زرع في الأرض ثم حضر الشفيع، فإنه لا يجبر المشتري على قلعه بالإجماع، ولكنه ينظر إلى وقت الإدراك ثم يقضى للشفيع.

ولو جعلها المشتري مسجداً، أو مقبرة يدفن فيها الموتى، أو رِبَاطاً[٤]، ثم حضر الشفيع، كان له أن يأخذها ويبطل جميع ما صنع المشتري فيها.

---

(١) في م (بقيمة البناء).

(٢) وعبارة الطحاوي: (فإنه يقال للمشتري: انقض بناءك؛ لأنك بنيته فيما كان الشفيع أولى منك ...). انظر: مختصر الطحاوي ص ١٢٣.

(٣) انظر: المهذب ٣/ ٤٦٦؛ الروضة ٥/ ٩٤.

(٤) (والرِّبَاط: الذي يُبنى للفقراء -مولد-، ويجمع في القياس: رُبُطٌ -بضمّتين- ورِبَاطات)، المصباح (رَبَط).

[الشُّفْعَةُ فِي المَبِيْعِ بِخِيَارِ البَائِعِ]

قال: (ومن باع داراً من رجل: على أنه بالخيار فيها ثلاثة أيام، لم يكن للشفيع أن يأخذها بالشفعة حتى ينقطع خيار البائع.

ولو كان البيع بشرط الخيار: للمشتري ثلاثة أيام، كان للشفيع أخذها بالشفعة)[1]، وخيار المشتري لا يمنع ثبوت الشفعة للشفيع؛ لأن المبيع يخرج من ملك البائع وينقطع حقه، وإن كان المشتري لا يملكه في قول أبي حنيفة رضي الله عنه.

والشفعة إنما تجب بانقطاع حق البائع وملكه، ألا ترىٰ أنه لو أقر ببيع داره من رجل وأنكر المشتري، فإن للشفيع الشفعة بإقرار البائع بالبيع، ولو كان البيع بشرط الخيار لهما جميعــًا، فلا شفعة فيها لأجل خيار البائع، فلو شرط البائع الخيار للشفيع، فلا شفعة له فيها؛ لأنه لما شرط للشفيع فكأنه شرط الخيار لنفسه، فإن أجاز الشفيع البيع بطلت شفعته؛ لأن البيع من جهة الشفيع قد تَمَّ فصار كأنه باع، وإن فسخ / فلا شفعة له؛ لأن ملك البائع لم يزل، ولكن الحيلة له في ذلك: أن لا يفسخ البيع [١٨٥-أ]
ولا يجيز حتى يجيز البائع، أو يجوز البيع بمضي المدة، فحينئذٍ له الشفعة.

وكذلك لو باع داره على أن يضمن له الشفيع الثمن عن المشتري، والشفيع حاضر فضمن، جاز البيع، ولا شفعة له؛ لأن البيع من جهة الشفيع قد تَمَّ، فلا شفعة له.

وكذلك لو اشترىٰ المشتري الدار على أن يضمن له الشفيع الدَّرَك عن البائع، والشفيع حاضر فضمن، جاز البيع ولا شفعة له؛ لأن البيع قد تَمَّ بضمانه، فنزل منزلة البائع، فلا شفعة له.

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٢٤.

ولو أن المشتري اشترىٰ داراً، وشرط الخيار للشفيع ثلاثة أيام، كان للشفيع الشفعة؛ لأن اشتراط الخيار له كاشتراطه للمشتري، ولو كان الخيار للمشتري فكذلك لا يمنع وجوب الشفعة[١].

[الشُّفْعَةُ لِلْبَائِعِ والمُشْتَرِي]

والأصل: أن كل من بَاع أو بِيْعَ له، فلا شفعة له، وكل من اشترىٰ أو اشتُرِيَ له، فله الشفعة.

بيان ذلك: وهو أن صاحب الدار لو وكَّل شفيعها بالبيع فباع، فلا شفعة له؛ لأنه هو الذي باع، ولو أن مُضَارِباً لرجل باع داراً من المضاربة ورب المال شفيعها بدار له أخرىٰ، فلا شفعة له؛ لأنه بيع له، وإن كان لا يملك نهيه عن البيع.

ولو أن المشتري وكَّلَ شفيع الدار بشرائها فاشتراها، فله الشفعة، ألا ترىٰ أنه لو اشترىٰ داراً لنفسه وهو شفيعها، كان له الشفعة، حتى أنه لو جاء شفيع مثله أخذ منه نصف الدار، ولو جاء شفيع دونه، فلا شفعة له، وكذلك لو اشترىٰ المضارب بمال المضاربة داراً ورب المال شفيعها، كان له أن يأخذها بالشفعة؛ لأنه اشترىٰ له، ومن اشترىٰ أو اشتُرِي له، فلا تبطل شفعته.

[الشُّفْعَةُ لِلذِّمِّيِّ والصَّغِيْرِ]

قال: (**والشفعة تثبت للذمي**[٢]**، كما تثبت للمسلم، والصغير كالكبير**)[٣] لقوله

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٣٦٢ - ٣٦٤.

(٢) (وذلك لأن عموم الأخبار الواردة فيها، لم تفرِّق في شيءٍ منها بين المسلم والذمي، ولأنهما لا يختلفان في سائر حقوق العقد، كخيار الرؤية، والعيب، وسائر الحقوق)، كما قال الجصاص في الشرح ٣/ ٣٦٥.

(٣) مختصر الطحاوي ص١٢٤.

عليه الصلاة والسلام: (**الجار أحق بشفعته**)[(١)] ولم يفصل، والذي يتولىٰ الأخذ لأجل الصبي أبوه، أو وصيّه، أو جده، أو وَصِيُّ جده، أو القاضي، أو من نصبه القاضي، وإن لم يكن من هؤلاء أحد فهو على شفعته إذا بلغ عاقلاً، ولو كان له من يجوز له أخذه بالشفعة: كالأب، والجد، والوصي، فسلم الشفعة، أو سمع ولم يطلب لأجله، بطلت شفعته في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، حتى أن الصغير إذا بلغ فلا شفعة له؛ لأن الأخذ بالشفعة تجارة، وتسليمها امتناع عن التجارة، وله ذلك، وعند محمد وزفر: لا تبطل شفعته، وهو على شفعته إذا بلغ عاقلاً، كما لو كان للصغير قصاص على إنسان، أو كفالة نفس فأبرأ وليّه أو عفا عن القصاص، فإنه لا يبطل حقه بالإجماع، كذلك هاهنا.

[أخذ الشفيع الدار من وكيل الشراء]

قال: (**ومن اشترى داراً لرجل بأمره فقبضها، ثم جاء الشفيع يطلب شفعته**)[(٢)]، فإنه ينظر: إن كان الوكيل [لم يسلم] الدار إلى الموكل، كان للشفيع أن يأخذ الدار منه، وتكون عهدته عليه، وينقد الثمن إياه، [ويدفعه الوكيل إلى الموكل، وإن كان الوكيل سَلَّمَ الدارَ إلى الموكل، يأخذ الدار منه، وينقد الثمن إياه][(٣)]، وتكون عهدته عليه، وروي عن أبي يوسف أنه قال: لا يأخذها من يد الوكيل؛ لأنه إنما اشتراها للموكل، وهو ليس بخصم فيها، ولكن يقال للوكيل سلم الدار إلى الموكل، ثم يأخذها الشفيع منه.

وفي ظاهر الرواية ما ذكرنا: أنه يأخذها من الموكل إذا كانت في يده؛ لأن

---

(١) الحديث رواه البخاري بلفظ (بسقبه) (٦٥٧٩)؛ وبلفظه أخرجه الترمذي (١٣٦٩)، وقال: (هذا حديث غريب)؛ ومالك في الموطأ (١٣٩٧). انظر: نصب الراية ٤/ ١٧٤.

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٢٤. والعبارة في متن الشرح: (وللشفيع أن يأخذ من يد الوكيل بالشراء إذا كان في يده)، ٣/ ٣٦٥.

(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من م، ج.

حقوق العقد راجعة إلى الوكيل، فيكون هو في حقوق عقده كالمالك، والشفعة من حقوق العقد[1].

[حِيَلٌ لِإِبْطَالِ الشُّفْعَةِ قَبْلَ الْبَيْعِ]

ثم الحيلة لإبطال الشفعة: أن يبيع أولاً من الدار والكرم عُشْرَها مُشَاعـًا بأكثر الثمن، ثم يبيع منه تسعة أعشارها ببقية الثمن، حتى أن الشفيع له في عشرها الشفعة خاصة / بثمنه، ولا يسلم[2] الشفعة في التسعة الأعشار؛ لأن المشتري حين اشترىٰ تسعة أعشارها كان شريكـًا بالعشر. [١٨٥-ب]

وهذه الحيلة تكون للجار، والخليط؛ لأن الشريك أولىٰ منهما، ولا يحتال بها للشريك؛ لأن الشفيع إذا كان شريكـًا، له أن يأخذ نصف تسعة الأعشار قليل الثمن أو ضاره.

وإذا كانت الدار للصغير كان بيع العشر منه بكثير الثمن جائز، وبيع تسعة الأعشار بقليل الثمن لا يجوز؛ [لأن بيع مال الصغير بأقل من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس في مثله لا يجوز]، فتكون في هذه الحيلة ضرر للمشتري: وهو أن يلزمه العشر، فلا يجوز شراؤه في التسعة الأعشار.

وقد يجوز أن يحتال بهذه الحيلة في دار الصغير: وهو أن يبيع من ولده جزءاً من مائة جزء، أو جزءاً من ألف جزء بثمن أكثر من قيمته، ثم يبيع بقية الدار بثمن مثله، فإنه يثبت له الشفعة في الجزء الأول خاصة، وهذه الحيلة للجار والخليط، وأما إذا كان الشفيع شريكـًا فإنه يأخذ البقية بنصف ثمنها.

وحيلة أخرىٰ، وهو أن يبيع الدار بأكثر من قيمتها نحو أن يبيع ما يساوي ألفـًا

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٣٦٥.

(٢) في م (ولا يثبت).

بألفين، وينقد من الثمن ألف درهم إلا عشرة، ثم بيع منه بألف درهم وعشرة عَرضاً تساوي عشرة دراهم، فحصلت الدار للمشتري بألف درهم في الحاصل، ولكن الشفيع لا يأخذها إلا بألفين، والأفضل أن يكون مكان العَرَض دينار يساوي عشرة دراهم، هذا هو الأحوط حتى أن الدار لو استحقت من يد المشتري، رجع على البائع بمثل ما أعطاه؛ لأنه يبطل الصرف بالاستحقاق، وهذه الحيلة لجميع الشفعاء.

ولو كان باع ببقية الثمن عَرَضاً سوىٰ الذهب ساوىٰ عشرة دراهم كما ذكرنا، فعند الاستحقاق يرجع المشتري على البائع بألفي درهم، فيكون فيه مضرة على البائع.

وحيلة أخرىٰ: أن يبيع من الدار بناءها، أو من الكرم أشجارها أولاً بقليل الثمن، ثم يبيع الأرض بكثير الثمن، فالشفعة إنما تجب بكثير الثمن في الأرض، ولا تجب بقليل الثمن في البناء والأشجار؛ لأن من اشترىٰ بناءً أو أشجاراً للقطع، فلا شفعة فيها.

وحيلة أخرىٰ لإبطال شفعة الجار: أن يبيع الحائط الذي بينه وبين الجار بأصله بثمن كثير، ثم يبيع بقية الدار بقليل الثمن، فلا شفعة للجار إلا في الحائط خاصة، أو [يهب] له الحائط بأصله، أو [يهب][1] له من الأرض من الجانب الذي يلي الجار قدر ذراع ويسلمه إليه، ثم يبيع بقية الدار بالثمن، فلا شفعة للجار لا في الحائط لأنه هبة، ولا في الدار؛ لأن جواره قد انقطع عنها، وهذه الحيل كلها لإبطال الشفعة قبل البيع.

فأما بعد وقوع البيع بأن يقول المشتري للشفيع: صالحتك على كذا كذا درهما على أن تسلم لي [شفعتك][2]، فإذا قبل الشفيع الصلح، بطلت شفعته ولا

---

(١) في أ، ج في الموضعين (يثبت)، والمثبت من م، والسياق يدل عليه.
(٢) في أ، ج (منفعتك)، والمثبت من م.

يجب [له] المال، أو قال المشتري للشفيع: اشترِ مني بكذا ولا تخاصمني فيها، فإذا قال اشتريت، بطلت شفعته ثم لا يبيعه، ثم الحيلة في إبطال الشفعة مكروه في قول محمد، وفي قول أبي يوسف غير مكروه.

وقيل: إن الاختلاف في [الحِيَل] للإبطال قبل الوجوب، فأما بعد الوجوب فمكروه بالإجماع[١].

[والله سبحانه وتعالىٰ أعلم بالصواب].

---

(١) وذكر قاضيخان في فتاويه صوراً كثيرة في حيل إبطال الشفعة وإسقاطها. انظر: فتاوىٰ قاضيخان ٣/ ٣٨٧؛ وشرح مختصر الطحاوي ٣/ ٣٤١ وما بعدها.

كِتَابُ المُضَارَبَة[1]

[تَعْرِيْفُ المُضَارَبَةِ]

قال أبو جعفر رضي الله عنه: **(وإذا دفع الرجل إلى الرجل مالاً مضاربة، على أن ما أطعم الله تعالىٰ فيه من ربح، كان للمضارب [منه] نصفه، أو ثلثه، أو جزءٌ من أجزائه، كان ذلك جائزاً)**[2].

---

(١) المضاربة في اللغة: مفاعلة من الضَرب: وهو السير في الأرض.

وتطلق في الاصطلاح الفقهي على دفع مال معين معلوم، لمن يَتَّجِرُ به بجزء مُشَاعٍ معلوم له من ربحه. كما بين المؤلف.

وأهل العراق يسمون هذه المعاقدة: مضاربة، وأهل الحجاز يسمونها: قِرَاضًا.

وعرفت المضاربة: (بأنها نوع شركة، على أن رأس المال من طرف، والسعي والعمل من الطرف الآخر).

ويقال لصاحب رأس المال: رب المال، وللعامل: مضارب). معجم المصطلحات الاقتصادية ص٣١٢.

(والمضاربة عند الفقهاء نوعان: مطلقة، ومقيّدة، فالمضاربة المطلقة: هي التي لا تتقيد بزمان ولا مكان، ولا نوع تجارة، ولا بتعيين بائع ولا مشتر، وإذا تقيدت بواحد من هذه، فتكون مضاربة مقيدة). المرجع السابق.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٢٤. (وذلك لأنها من العقود التي أقَرَّ النبي صلىٰ الله عليه وسلم عليها، مع علمه بأنهم يتعاملون بها؛ لأن عصر النبي صلىٰ الله عليه وسلم وسائر الأعصار بعده إلى يومنا، لم تخْلُ من هذه العقود، وكانت ظاهرة بينهم، فلم ينكرها عليهم، ولم ينكر سائر الصحابة والتابعين والفقهاء بعدهم على فاعلها، فصار ذلك توقيفًا واتفاقًا من السلف على جوازها). شرح المختصر ٣/ ٣٦٧.

الأصل في هذا [كله]: أن كل مال يجوز عليه عقد الشركة، يجوز عليه عقد المضاربة من الدراهم / والدنانير، والفلوس على الاختلاف، أو الغطريفية[١] في [١٨٦-أ]
الموضع الذي تروج كما تروج الدراهم، أو التِّبْر[٢] في الموضع الذي تروج.

وكل مال لا يجوز عليه عقد الشركة، لا يجوز عليه عقد المضاربة من العروض التي تتعين للعقد عندنا، وعند ابن أبي ليلىٰ: تجوز.

[رِبْحُ المُضَارَبَةِ]

ولا تجوز المضاربة إلا أن يشترط المضارب جزءاً معلوماً من الربح: كالنصف، والثلث، وما أشبه ذلك، ولو شرط للمضارب من الربح دراهم معلومة، أو دنانير معلومة، أو شرط ذلك لرب المال، كانت المضاربة فاسدة؛ لأن هذا شرط يؤدي إلى قطع الشركة بينهما في الربح؛ لجواز أنه لا يربح إلا هذا القدر، فيكون ذلك لأحدهما دون الآخر[٣].

[مَا يُؤَدِّيْ إِلىٰ فَسَادِ المُضَارَبَةِ]

والأصل: أن كل شرط يؤدي إلى قطع الشركة بينهما في الربح، يوجب فساد المضاربة، ولو شرطا في المضاربة عمل رب المال فسدت المضاربة، عَمِلَ رَبُّ المال أو لم يعمل؛ لأن التخلية والتسليم لرأس المال (إلى المضارب من شرط صحة المضاربة، ولم يوجد.

---

(١) (الغطريفية، أو الغطارفة، يعني: الدراهم الغطريفية، وهي كانت من أعز النقود ببخارىٰ، وفي مختصر التاريخ: أنها منسوبة إلى غطريف بن عطاء الكِنْدي، أمير خراسان أيام الرشيد). المغرب (غطرف).

(٢) (التِّبْرُ: ما كان من الذهب غير مضروب). المصباح (تبر).

(٣) انظر: خزانة الفقه ص٢٦٣.

ولو سَلَّم رأس المال ولم يشترط عمل رب المال)[1]، ثم إن المُضَارِب استعان برب المال في العمل، أو دفع المال إليه بضاعة[2]، فإنه يجوز، ولو دفع المال إلى رب المال مضاربة، فإن المضاربة الثانية فاسدة، والأولىٰ جائزة، ويكون الربح بينهما على شرط المضاربة الأولىٰ، وهذا عندنا، وعند زفر: تنفسخ المضاربة الأولى بدفع المال إلى رب المال، والرَّدِّ عليه.

[حكم المضاربة الفاسدة]

والحكم في المضاربة الفاسدة: أن المضارب يكون بمنزلة الأجير لرب المال، والربح كله لرب المال، والخسران عليه، وللمضارب أجر مثله فيما عمل[3]، رَبِحَ أو لم يربح، وإن ادّعىٰ الهلاك، أو الضياع للمال، أو هلك المال في يده فالقول قوله مع يمينه، والمال في يده أمانة، وذكر الطحاوي الاختلاف فيه، وقال: لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: عليه الضمان[4]، كما اختلفوا في الأجير المشترك[5]، ولم يذكر الاختلاف في ظاهر الرواية، وجعله أمانة كما في المضاربة الصحيحة.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) (البِضَاعة -بالكسر-: قطعة من المال تُعَدُّ للتجارة). كما في المصباح (بضع)، والمراد بها هنا: (السلعة يضعها صاحبها عند آخر ليبيعها دون أن يأخذ على ذلك أجرًا). كما في معجم لغة الفقهاء (بضع).

(٣) (وذلك لأنها حصلت إجارة بأجر مجهول، والإجارة إذا فسدت، أوجبت أجر المثل للعمل)، كما في الشرح ٣/ ٣٦٨.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص١٢٤، ١٢٥.

(٥) الأجير المشترك: هو الذي لا يعمل لا لواحد مخصوص، ولا لجماعة مخصوصين، أو يعمل لواحد مخصوص، أو لجماعة مخصوصين عملاً غير مؤقت، أو عملاً مؤقتاً بلا اشتراط التخصيص عليه، كالخياط أجير مشترك، وسُمي مشتركاً؛ لأنه يتقبل أعمالاً لاثنين وثلاثة وأكثر في وقت واحد، ويعمل لهم، فيشتركون في منفعته واستحقاقها.
انظر: معجم المصطلحات المالية في لغة الفقهاء ص٢٧، ٢٨.

وأما حكم المضاربة: فهو أنه إذا ربح يكون الربح بينهما على الشرط، والوضيعة على رب المال، وإن هلك أو ادّعىٰ الهلاك، كان القول قوله، ولا شيء عليه[١].

[المَالُ فِي يَدِ المُضَارِبِ]

قال: ثم جميع أحكام المضاربة أن المال في يد المضارب إلى أن يعمل فيه أمانة، بمنزلة الوديعة، وإذا أخذ في العمل يكون بمنزلة الوكيل بالبيع والشراء، يجوز بيعه كيفما كان على الاختلاف الذي ذكرنا في الوكيل، وشراؤه يجوز على المعروف[٢].

وإذا ظهر في المال ربح يكون المضارب شريكاً فيه بقدر حصته من الربح، وإذا خالف المضارب شرط رَبِّ المال يكون بمنزلة الغاصب، ويكون المال مضموناً عليه، ويكون ربح المال بعدما صار مضموناً عليه للمضارب، ولكنه لا يطيب له عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: يطيب له كالغَاصِبِ والمُوْدَعِ إذا تصرفا ورَبِحَا، لا يطيب لهما الربح على الاختلاف.

[جَعْلُ المَالِ مَضْمُوْناً عَلَىٰ المُضَارِبِ]

[وأما] إذا أراد رَبُّ المال أن يجعل المال مضموناً على المضارب، فالحيلة[٣] [في ذلك]: أن يقرضه رب المال للمضاربة ويُشْهِد على ذلك شهوداً، ويسلمه إليه ويأخذ منه مضاربة بالنصف أو بالثلث، ثم يدفعه إلى المستقرض ويستعين به [في العمل]، حتى أنه لو هلك في يده كان القرض عليه، وإذا ربح ولم يهلك يكون الربح بينهما على الشرط.

---

(١) انظر: شرح المختصر ٣/ ٣٦٩.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٢٥.

(٣) في م (فالمسألة).

وحيلة أخرىٰ: أن يقرض رَبُّ المال جميعَ المال للمضارب إلا درهماً واحداً، ويسلمه إليه ويُشْهد / على ذلك، ثم أنهما يشتركان في ذلك شركة عِنان، [١٨٦-ب] على أن يكون رأس المال للمُقْرِض درهماً، ويكون مال المستقرض جميع ما استقرض، على أن يعملا جميعاً، ويشترطا على أن الربح بينهما، ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة في المال، فإن هلك المال في يده كان القرض عليه على حاله، ولو ربح فالربح بينهما على الشرط.

[أنواع عمل المُضَارب في المضاربة]

قال: (**وللمضارب في المضاربة الصحيحة: أن يعمل فيها بنفسه، ويستعمل فيها غيره بأجر أو بغيره**)[١].

اعلم بأن ما يفعله المضارب في مال المضاربة على ثلاثة أنواع: نوع منها للمضارب أن يفعله بمطلق المضاربة من غير أن ينص عليه، ولا أن يقول له: اعمل فيه برأيك.

ونوعٍ منها: ليس للمضارب أن يفعله بمطلق المضاربة ولا إذا قال له رب المال: اعمل فيه برأيك حتى ينص عليه.

ونوع منها: ليس للمضارب أن يفعله في ثلاث مسائل -إلا أن يقول له رب المال: اعمل فيه برأيك-.

[العَمَلُ والاتِّجَارُ فِي جَمِيْعِ أَنْوَاعِ التِّجَارَاتِ]

وأما النوع الأول: فهو البيع والشراء، والإجارة والاستئجار، والإيداع، وأن يدفع المال بضاعة، وأن يسافر بالمال في بَرٍّ أو بَحْرٍ، وأن يَتَّجِرَ في جميع أنواع

(١) مختصر الطحاوي ص١٢٥؛ شرح المختصر ٣/ ٣٦٩.

التجارات إلا رواية رواها الطحاوي عن أبي يوسف: أن ليس له أن يسافر بالمال في المضاربة المطلقة في بر أو بحر حتى يأذن له رب المال، ولكن له أن يخرج إلى موضع يمكنه الرجوع إلى أهله من ليلته فيبيت فيهم، نحو قُطْرُبُلّ[١] من بغداد[٢].

[الِاسْتِدَانَةُ عَلَىٰ الْمُضَارَبَةِ]

وأما النوع الثاني: الذي لا يجوز للمضارب أن يفعله إلاّ أن ينص عليه[٣] رب المال: فهي الاستدانة على المضاربة، وما استدان يكون على نفسه خاصة، والاستدانة: أن يشتري بالدراهم أو بالدنانير بعدما اشترىٰ برأس المال، ولو اشترىٰ سلعة بثمن دين وليس عنده من مال المضاربة من جنس ذلك الثمن الذي

(١) (قُطْرُبُلّ -بالضم وتشديد الباء-: موضع بالعراق). كما في الصحاح (قطرب). وفي معجم البلدان: (اسم قرية بين بغداد وعُكبرا)، وبين بغداد وعكبرا عشرة فراسخ، كما في المعجم، وعلى هذا، تكون المسافة بين بغداد وعكبرا حوالي ٥٥ كيلومتراً، وقرية قطربل بينهما. انظر: معجم البلدان ٤/ ٣٧١.

انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٣٦٩.

(٢) وذكر أبو الليث: (عشرة أشياء يملكها المضارب، وإن لم يقل له رب المال: اعمل برأيك [وذكر المؤلف هنا بعضها]: ١-أن يودع المال. ٢-ويبضع. ٣-ويستأجر البيت ليحفظ فيه متاع المضاربة. ٤-ويستأجر الأجير والدواب. ٥-ويبيع بالنقد والنسيئة. ٦-ويوكل ببيع ما اشترىٰ، أو بشراء ما جاز له أن يشتري. ٧-ويأذن العبد المضاربة بالتجارة في الرواية المشهورة؛ لأنها عادة التجار. ٨-ويرهن ويرتهن في المضاربة. ٩-وأن يسافر بالمال في الطريق الذي يسافر فيه التجار). خزانة الفقه ص٢٣٧، ٣٣٨.

(٣) وأجمل أبو الليث ما لا يملكه المضارب، فقال: (تسعة أشياء لا يملكها المضارب وإن قال له رب المال: اعمل في هذا برأيك: ١-الإقراض. ٢-الاستدانة على المضاربة. ٣-والهبة والتصدُّق. ٤-وأن لا يأخذ السَّفَاتِج. ٥- ولا يشتري بما لا يتغابن الناس في مثله. ٦- ولايعتق من مال المضاربة. ٧-ولا يكاتب. ٨-ولا يدبر. ٩-ولا يستولد، ولا يزوِّج الأمة، أو العبد من مال المضاربة). كما في خزانة الفقه ص٢٣٧، وسيأتي أكثرها موضحًا مبيَّنًا.

اشترىٰ به، يكون استدانة، ولو اشترىٰ سلعة في حال قيام رأس المال بثمن دين من جنس رأس ماله، أو من خلافه بعد أن يكون مما يجوز عليه عقد المضاربة، جاز [الشراء] على المضاربة، ولا يكون استدانة، وهذا عندنا، وعند زفر: إذا اشترىٰ بخلافه يكون استدانة.

ولو أمره رب المال بالاستدانة فاستدان، فإنه يجوز(١)، ويكون ما اشتراه بينهما نصفين على حكم شركة الوجوه، وكذلك القرض، وأخذ السفاتج(٢) والعتق، والكتابة، والهبة، والصدقة، لا يجوز له أن يفعل شيئاً من ذلك حتى ينص عليه رب المال.

[دَفْعُ مَالِ المُضَارَبَةِ إِلَىٰ غَيْرِه]

وأما النوع الثالث: فهو أن يدفع المضارب مال المضاربة مضاربة إلى غيره(٣)، أو يشارك بمال المضاربة مع غيره شركة عِنان، أو يخلط مال المضاربة بمال نفسه، لا يجوز، إلا أن يقول رب المال: اعمل فيه برأيك، فإن لم يقل ذلك، ودفع المضارب مال المضاربة إلى غيره، فإنه ينظر: إن كانت المضاربة الثانية فاسدة، فلا يضمن المضارب الأول، وإن عمل المضارب الثاني في المال لأنه بمنزلة الأجير، وللمضارب أن يستأجر، ويجب للثاني أجر المثل في حال المضاربة، وإن كانت المضاربة الثانية صحيحة، فإن المال لا يكون مضموناً على المضارب الأول بمجرد الدفع، حتى أن المال لو هلك في يد الثاني قبل أن يعمل، هلك أمانة؛ لأن

(١) انظر: شرح المختصر ٣/ ٣٧٠.

(٢) السُّفْتَجَة: قيل: بضم السين، وقيل: بفتحها، واختلف عبارات الفقهاء في تفسيرها، وهي: أن تعطي مالاً لرجل، فيعطيك وثيقة تمكنك من قبضه من عميل له في مكان آخر، فتستفيد أمن الطريق، ويسقط عنك الخطر. انظر: المصباح (سفتج)، وحاشية ابن عابدين ٤/ ٣٠٨.

(٣) (وليس له أن يدفعه إلى غيره مضاربة؛ لأن فيه إثبات شركة الغير في مال رب المال، وذلك لا يجوز إلا بإذنه)، كما في الشرح ٣/ ٣٦٩.

مال المضاربة وديعة عند المضارب الثاني قبل أن يعمل، ولا يكون الأول مخالفاً بالإيداع إلا عند زفر، فإنه يضمن بمجرد الدفع.

وإذا عمل الثاني صار الأول مخالفاً، ورب المال بالخيار: إن شاء ضَمَّن الأول، وإن شاء ضَمّن الثاني، فإن ضمن الثاني رجع بما ضمن على الأول، وإن ضمن الأول لا يرجع بما ضمن على الثاني، وصَحَّت المضاربة بين الأول وبين الثاني؛ لأنه لما تَقَرَّرَ الضمان على الأول فقد [ملك][1] المال، وصار كأنه دفع مال نفسه مضاربة إلى الثاني. هذا في ظاهر الرواية.

[١٨٧-أ] وروي عن أبي حنيفة / رحمه الله تعالىٰ: أنه لا يضمن إذا عمل الثاني أيضاً، حتى يظهر في المال ربح؛ لأنه بمنزلة التوكيل، إلا أن يظهر الربح، ولا يصير الأول مخالفاً بالتوكيل، وإنما يصير مخالفاً بالاشتراك[2].

[خَلْطُ مَالِ المُضَارِب بِمَالِ المُضَارَبَةِ]

وكذلك لو خلط مال نفسه بمال المضاربة ضمن مال المضاربة، والربح له، والوضيعة عليه، كذلك لو شارك مع غيره شركة عِنان وخلط ضمن، وتصح الشركة بينهما، [قال]: هذا إذا لم يقل له اعمل فيه برأيك.

ولو قال له: اعمل فيه برأيك، فله أن يخلط مال المضاربة بمال نفسه، وإذا ربح قَسَّم الربح[3] بينهما: فربح ماله يكون له خاصة، وربح مال المضاربة يكون بينهما على الشرط، وكذلك لو شارك مع غيره شركة عِنان جاز، ويقسم الربح بينهما على الشرط.

---

(١) في أ (هلك)، والمثبت من م، ج.
(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١٢٥.
(٣) في م (بين المالين).

وإذا قسم الربح بينهما، بقي مال المضاربة مع حصة المضارب من الربح، يستوفي منها رب المال رأس ماله، وما فضل فهو بينهما على الشرط، وكذلك يجوز له أن يدفع المال مضاربة إلى غيره(١).

[قَوْلُ رَبِّ المَالِ: اعْمِلْ فِيْه بِرَأْيِكَ]

قال: ثم هو على وجهين: إما أن يقول له: خذ هذا المال مضاربة بالنصف على أن تعمل فيه برأيك، أو قال: على أن ما رزق الله تعالىٰ إياك من الربح، أو قال: على أن ما أطعمك الله من ربحه، أو قال: على أن ما أصبت فيه من ربح بيننا نصفان، أو قال: خذه على أن ما رزق الله تعالىٰ من ربح، أو قال: على أن ما أطعم الله تعالىٰ فيه من ربح فهو بيننا نصفان، وقد قال له رب المال: اعمل فيه برأيك، فإن ضمان رب المال شرط فيه لنفسه نصف الربح من غير أن يضيف الربح إلى المضارب، ثم أن المضارب الأول دفع المال إلى غيره مضاربة بالثلث، فربح الثاني، فإن ثلث جميع الربح الثاني، ونصف جميع الربح لرب المال، وسُدُسُ الربح للمضارب الأول.

فإن كان المضارب دفعه إلى الثاني مضاربة بالنصف، فإن [نصف الربح] للثاني، ونصفه لرب المال، ولا شيء للمضارب الأول.

ولو كان المضارب الأول دفعه مضاربة بالثلثين، فإذا ربح الثاني في المال، فإن نصف الربح لرب المال، ونصفه للمضارب الثاني، ويرجع الثاني على الأول بسدس الربح الذي شرط له(٢)، فإن كان رب المال شرط لنفسه نصف ما رزق الله

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٣٦٩؛ فتاوىٰ قاضيخان ٣/ ٩.

(٢) (لأنه شرط للثاني شيئاً هو مستحق لرب المال، فلم يَنْفُذْ في حقه؛ لما فيه من الإبطال، لكن التسمية في نفسها صحيحة؛ لكون المسمَّىٰ معلوماً في عقد يملكه، وقد ضمّن له السلامة، فيلزمه الوفاء به، ولأنه غرَّه في ضمن العقد، وهو سببُ الرجوع، فلهذا يرجع عليه)، كما قال المرغيناني في الهداية ٣/ ١٢٣١.

تعالىٰ أو أطعمه الله تعالىٰ، أو قال: نصف ما أصبت، أو قال: نصف ما ربحت، أضافه إلى المضارب الأول، وقال له: اعمل فيه برأيك، ثم دفع المضارب الأول المال مضاربة إلى غيره بالثلث أو بالنصف، أو بالثلثين، فربح الثاني، فجميع ما شرط الثاني من الربح يسلم له، وما شرط للمضارب الأول من الربح يكون بينه وبين رب المال نصفين.

[نَفَقَةُ الْمُضَارِبِ فِي سَفَرِهِ وَإِقَامَتِهِ]

قال: (**ونفقة المضارب في عمله، في مال المضاربة، وفي مصره في مال نفسه لا في مال المضاربة**)[1]، وسواء كان المصر مصره أو لم يكن، وهو يعمل في مال المضاربة في ذلك المصر، فإن نفقته في مال نفسه لا في مال المضاربة، فإن أنفق من مال المضاربة ضَمِنَ، وإذا خرج من ذلك المصر فإن نفقته من مال المضاربة إذا خرج بنية المضاربة التجارة، سواء كانت مدة سفر أو دونها، (ونفقة طعامه وشرابه، وكسوته، ومركوبه وعلف الدابة التي يركبها في سفره)، ويتصرف عليها في حوائجه وغسل ثيابه، ودهن السراج والحطب، وما أشبه ذلك (في مال المضاربة).

وأما ثمن المداواة ففي ماله خاصة، وكذلك ثمن الحِجَامة والفَصْد، وكذلك التنوير والإدهان، وما يرجع إلى التداوي، وصلاح البدن في ماله لا في مال المضاربة[2].

قال: فإذا انتهىٰ إلى المصر الذي قصده فإنه ينظر: إن كان ذلك مصر نفسه، أو يكون له في ذلك المصر أهل، سقطت نفقته حين دخلها؛ لأنه يصير مقيمـًا بدخوله

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٢٥.

(٢) (لأنه نادر خاص، وليست الحاجة إليها ضرورة، فلم يكن كالطعام والشراب والركوب، وأيضـًا: لم تجر العادة بمثله في أخذه من مال المضاربة)، كما ذكر الجصاص في الشرح ٣/ ٣٧٢.

فيها لا لأجل المال، وإن لم يكن ذلك مصره ولا له فيها أهل، فإن نفقته لا تسقط ما دام مقيمـاً فيه لأجل المال،/ وإن نوىٰ إقامة خمسة عشر يومـاً فصاعداً. [١٨٧-ب]

ولو خرج منها بِنِيَّةِ العود إليها إلى المصر الذي أخذ المال فيه مضاربة، فإن نفقته في مال المضاربة حتى يدخلها، فإذا دخلها فإنه ينظر: إن كان ذلك مصره أو كان له فيها أهل، سقطت نفقته، وما كان عنده من فضل زادٍ أو كسوة أو دابّة، رَدَّها في مال المضاربة، وإن لم يكن ذلك مصره ولا له فيه أهل، وإنما عاد ليتجر في مال المضاربة، فإن نفقته في مال المضاربة كما في السفر، وفي الابتداء لم تكن نفقته فيه حتى يخرج، وبعد الخروج إذا عاد إليه لا تسقط نفقته.

وإذا كان المضارب يدور في سَوَاد المصر لأخذ ديون ثبتت له على الناس في مال المضاربة، فإن نفقته كما ذكرنا في السفر، ولا ينبغي له أن يسرف في النفقة، وإنما ينفق على المعروف عند التُّجَّارِ، وإذا جاوز ذلك ضمن الفضل.

ولو خرج إلى السفر بماله وبمال المضاربة جميعـاً، فإن النفقة على قدر المالين بالحِصَصِ، ولا نفقة لمُسْتَبْضِعٍ[1] في مال المضاربة؛ لأنه متطوع فيها.

[الِالْتِزَامُ بِالعَقْدِ بِأَمَاكِنِ المُضَارَبَةِ]

قال: (**وإذا عقدت المضاربة على العمل بالكوفة خاصة، لم يكن للمضارب أن يتعداها**[2] **إلى غيرها**)[3]، وكذلك ليس له أن يدفع المال بضاعة إلى من

---

(١) والمستبضع من البِضاعة -بالكسر-: قطعة من المال تعد للتجارة، كما في المصباح (بضع)، والمراد هنا: (هي السلعة يضعها صاحبها عند آخر ليبيعها، دون أن يأخذ على ذلك أجراً)، كما في معجم لغة الفقهاء (بضع).

(٢) في م (ينقل).

(٣) مختصر الطحاوي ص ١٢٥، ١٢٦؛ (لأن تخصيصه إياها بالمصر جائز، كما لو خَصَّ نوعـاً من التجارات). شرح المختصر ٣/ ٣٧٢.

يخرجها من الكوفة، فإذا أخرجها من الكوفة أو دفعها إلى من أخرجها، لا يكون مضموناً عليه بمجرد الإخراج حتى يشتري بها خارج الكوفة، فإن هلك المال قبل التصرف، فلا ضمان عليه، وكذلك إذا أعادها إلى الكوفة، عادت المضاربة كما كانت على شرطها.

ولو اشترىٰ بها قبل العَوْد إلى الكوفة صار مُخالِفاً، ويكون ما اشترىٰ للمضارب، وله ربحه، وعليه وضيعته، ولا يطيب له الربح على الاختلاف.

ولو اشترىٰ ببعضها وأعاد بعضها إلى الكوفة، ضَمِنَ قَدْرَ ما اشترىٰ منها، ولا يضمن قدر ما أعَادَ.

[أَلْفَاظُ التَّقْيِيْدِ فِي المُضَارَبَةِ]

قال: وألفاظ التقييد أن يقول: خذ هذا المال مضاربة بالنصف على أن يعمل به في الكوفة، أو قال: فتعمل به في الكوفة، ولو قال له: خذه مضاربة بالنصف وتعمل به في الكوفة، فهذا لا يكون تقييداً، وله أن يعمل في الكوفة وغيرها؛ لأن الواو من حروف العطف وليست من حروف الشرط[1].

وكذلك لو قَيَّدَ المضاربة بنوع من التجارة، نحو أن يقول له: على أن تعمل به في الطعام، أو أن تعمل في الثياب، أو على أن تعمل به في الرقيق، اختصت المضاربة به، وإذا تَعَدَّىٰ إلى غيره يضمن.

[الاختلاف بين رب المال والمضارب]

قال: ولو اختلف رب المال والمضارب في العموم والخصوص فالقول: قول من يدعي العموم، وإذا تصادقا على الخصوص ولكنهما اختلفا في ذلك:

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٢٥، ١٢٦؛ فتاوىٰ قاضيخان ٣/ ١٢.

فقال رَبُّ المال: أمرتك بالتصرف في البَزِّ، وقال المضارب: أمرتني بالتصرف في الرقيق، فالقول قول رب المال، ولو اختلفا في مقدار ما شرط للمضارب من الربح: فالقول قول رب المال؛ لأنه لو أنكر حصة المضارب رأساً، وزعم أن ماله عنده بضاعة، كان القول قوله، وكذلك إذا أنكر زيادة الشرط في الربح(١).

[إِدَانَةُ المُضَارِبِ المَالَ]

قال: (**وإذا أدَّان المضارب المال**)(٢)، أي: جعله ديناً على الناس ثم امتنع عن التقاضي والقبض، فإنه ينظر: إن كان في المال فضل أجبر المضارب على التقاضي / والقبض؛ لأنه له فيه نصيباً، فيكون عمله عمل الأجير، والأجير مجبور على [١٨٨-أ] العمل فيما ضمن، وإن لم يكن فيه فضل على رأس المال، فلا يجبر على التقاضي والقبض؛ لأن عمله عمل الوكلاء، والوكيل غير مجبور على قبض الثمن، غير أنه يؤمر المضارب أو الوكيل أن يجعل رب المال على الذي عليه الدين حتى يمكنه قبضه؛ لأن حقوق العقد راجعة إلى العاقد، فلا يثبت للآمر حق القبض إلا بإحالة العاقد(٣).

ولو ضمن العاقد لرب المال هذا الدين الذي عليه، لم يجز ضمانه؛ لأن العقد جعله أميناً، فلا يملك أن يجعل نفسه ضميناً فيما جعله العقد أميناً.

[مَوْتُ المُضَارِبِ]

قال: (**وإذا مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف، فإنه يعود ديناً فيما خلف المضارب**)(٤)، أو المُودَع، أو المُسْتَعير، أو المُسْتَبْضِع، وكل من

---

(١) انظر: خزانة الفقه ص٢٣٨. (٢) مختصر الطحاوي ص١٢٦.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص١٢٦؛ فتاوىٰ قاضيخان ٣/ ١٠.

(٤) مختصر الطحاوي ص١٢٦. ولفظ متن الشرح: (... فلم تعرف المضاربة بعينها في ماله، =

كان المال في يده أمانة إذا مات قبل البيان، ولا تعرف الأمانة بعينها، فإنه يكون عليه ديناً في تركته[١]؛ لأنه صار مستهلكاً للوديعة بالتجهيل، ولا تصدق ورثته على الهلاك [والتسليم][٢] إلى رب المال.

ولو عَيَّنَ الميتُ المالَ في حال حياته أو عُلِمَ ذلك منه، فيكون ذلك أمانة في يد وَصِيِّهِ، أو وارثه كما كان في يده، ويصدقون على الهلاك والدفع إلى صاحبه، كما يصدق الميت في حال حياته[٣].

[عِتْقُ المُضَارِبِ عَبْدَ المُضَارَبَةِ]

قال: (**وإذا اشترىٰ المضارب بمال المضاربة عبداً، وفيه فضل على رأس المال**)[٤]، نحو أن يكون رأس المال ألف درهم، فاشترىٰ بها جارية أو غلاماً يساوي ألفين، أو كان يساوي ألفاً وقت الشراء، فصار يساوي ألفين عند المضاربة بعد الشراء، ظهر للمضارب فيه نصيب: وهو ربع العبد، وذلك نصف الربح، حتى أن المضارب لو أعتقه نفذ عتقه في ثلاثة أرباعه، فيكون حكمه كحكم عبد بين اثنين أعتقه أحدهما.

ولو لم يكن في قيمة العبد فضل على رأس المال، فليس للمضارب فيه حق حتى أنه لو أعتقه لا يعتق، ولو أعتقه رب المال عتق، وصار مستوفياً لرأس ماله.

= صارت ديناً عليه)، ٣/ ٣٧٣.

(١) (لأنا حكمنا بما كان في يده ميراثاً عنه، وإذا صار ميراثاً عنه، فقد ملَّكْنَاه إياه، ولا يجوز أن نملِّكَه مال الغير بغير بدل، ولذلك صار مضموناً)، كما قال الجصاص ٣/ ٣٧٣.

(٢) في أ، ج (التشاجر)، والمثبت من م.

(٣) (كما أن أربعة أشياء ينقضي بها عقد المضاربة: الموت، والرِّدَّة مع اللحوق، والحَجْر، والجنون المطبق)، خزانة الفقه ص٢٤٠.

(٤) تكملة العبارة: (... وفيه فضل، جاز عتقه فيه، وكان كعبدٍ بَيْن رجلين، أعتقه أحدهما ...). مختصر الطحاوي ص١٢٦.

ولو اشترىٰ المضارب بمال المضاربة عبدين أو جاريتين قيمة كل واحد منهما مثل رأس المال، فإن كل واحد منهما مشغول برأس المال، فلا يظهر للمضارب فيه نصيب، حتى أن المضارب لو أعتقهما معـًا أو متفرقـًا، فإنه لا ينفذ عتقه في واحد منهما.

ولو أعتقهما رب المال فإنه ينظر: إن أعتقهما معـًا عتقا جميعـًا، ويضمن للمضارب خمسمائة درهم موسراً كان أو معسراً، وولاء العبدين جميعـًا لرب المال؛ لأنه أتلف على المضارب من الربح نصيبه وهو خمسمائة درهم، فكان ذلك الضمان ضمان إتلاف المال، فيضمن موسراً كان أو معسراً.

ولو أعتقهما متفرقـًا فإن العبد الأول يعتق كله، ويصير مستوفيـًا لرأس ماله، ويتعين العبد الآخر للربح، فإذا أعتقه نفذ عتقه في نصفه، ويكون حكمه كحكم عبدين اثنين أعتقه أحدهما.

وذكر الطحاوي هاهنا وسَوّىٰ بين إعتاقهما معـًا وبين التفرق، وقال: يضمن موسراً كان أو معسراً[1]، وذلك غير سديد، والصواب ما ذكرنا في الفرق.

[زَكَاةُ مَالِ الْمُضَارَبَةِ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسٍ أَوْ أَجْنَاسٍ مُخْتَلِفَةٍ]

قال: والأصل أن مال المضاربة إذا كان من جنس واحد من الكيلي أو الوزني، أو العروض، أو الحيوان الذي تجري القسمة فيه، إذا كانت جماعة وفيها فضل على رأس المال، يظهر للمضارب فيها نصيب، نحو أن يصير كله حنطة، أو دنانير، أو دراهم، أو عروض، أو حيوان من جنس واحد / سِوَىٰ الرقيق، أو ثيابـًا من جنس واحد، حتى أن الزكاة تجب عليه إذا كان نصيبه [منها] يبلغ نصابـًا كاملاً. [١٨٨-ب]

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٢٦؛ وقال الجصاص أيضـًا على قول الطحاوي: (هذا الذي قاله في هذا الفصل، خطأ). شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٣٧٦.

ولو كان مال المضاربة من أجناس مختلفة، فكل جنس منها مشغول برأس المال، حتى أنه لا يجب عليه شيء من الزكاة، وتجب على رب المال زكاة ثلاثة أرباعه؛ لأنه تحصل في الحاصل هذا القدر.

ولو صار مال المضاربة رقيقاً فإنه ينظر: إن كان واحداً وفيه فضل على رأس المال، يظهر للمضارب فيه نصيب وهو نصف الفضل، ولو كانوا جماعة قيمة كل واحد منهم مثل رأس المال، فلا يظهر فيهم نصيب، ويكون كل واحد منهم مشغولاً برأس المال، فيكون كالأجناس المختلفة، لأنها لا تنقسم.

وليس كذلك سائر الحيوانات إذا كانت من جنس واحد، [واحدة] كانت أو جماعة، فإنه ينظر إلى قيمة الكل: فإن كان في قيمة الكل فضل على رأس المال، فيكون للمضارب نصف الفضل.

المضارب يشتري ما لا يقدر على بيعه

قال: (**وليس للمضارب أن يشتري بمال المضاربة [مَنْ] لا يقدر على بيعه: كما إذا اشترىٰ بمال المضاربة من يعتق على رب المال إذا دخل في ملكه، ويكون المضارب مشتريًا لنفسه**)[1]، بخلاف الوكيل في شراء العبد على الإطلاق بألف درهم، فاشترىٰ [لموكله] عبداً يعتق عليه بالقرابة أو باليمين، فإنه لا يصير مخالفًا، فيكون الشراء للموكل ويعتق عليه؛ لأن في الوكالة أطلق الوكالة إطلاقًا، وفي المضاربة لم يطلق بل قَيَّدَها بوصف: وهو الشراء بما يظهر فيه الربح بالبيع، فإذا اشترىٰ ما لا يقدر[2] على بيعه، فقد خالف قيده، وفي باب الوكالة لو قيدها

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٢٦؛ (وذلك لأن المضاربة تقتضي جواز التصرف فيما يشتريه، حتى يحصل رأس المال، فما يمكنه بيعه وتحصيل رأس المال به، لم يدخل تحت عقد المضاربة). كما في شرح المختصر ٣/ ٣٧٦.

(٢) في م (مالًا لا).

أيضـًا وقال: اشتر لي جارية أو عبداً بألف درهم أبيعه، فاشترىٰ عبداً يعتق عليه، صار مخالفـًا، ولاَ فرق بينهما.

وكذلك ليس للمضارب أن يشتري بمال المضاربة من الإماء من قد ولدت من رب المال؛ لأنه لو صَحَّ شراؤه للمضاربة تصير أم ولد لرب المال، ولا يقدر على بيعها.

وكذلك إذا اشترىٰ بمال المضاربة خمراً، أو خنزيراً، أو ميتةً، أو دمـًا، صار مخالفـًا، ولو نقد من مال المضاربة ضمن.

ولو اشترىٰ بمال المضاربة من يعتق على المضارب إذا ملكه من ذوي الرحم المحرم، أو جارية قد ولدت منه فإنه ينظر إلى قيمتها وقت الشراء، فإن لم يكن في قيمتها فضل على رأس المال، لا يصير مخالفـًا، ويصحُّ شراؤه للمضارب؛ لأنه اشترىٰ من يقدر على بيعه؛ لأنه لم يظهر للمضارب فيه نصيب، فلا تعتق، ولا تصير الجارية أم ولد.

ولو كان وقت الشراء في قيمته فضل على رأس المال، يكون مخالفـًا ويكون مشتريـًا لنفسه، ولا تعتق عليه؛ لأنه لو صَحَّ شراؤه للمضاربة لا يقدر على بيعه؛ لأنه يعتق عليه منه قدر نصيب المضارب من الفضل، ويصير الباقي مستسعىٰ، ولا يجوز بيع المستسعىٰ، فلم يصح شراؤه على المضاربة، وصار مشتريـًا لنفسه ويعتق [عليه] كلها، وتصير الجارية أم ولد له، ويضمن ما نقد من مال رب المال.

ولو لم يكن في قيمتها فضل على رأس المال وقت الشراء، ثم ازدادت قيمتها بعد الشراء، أو ظهر للمضارب فيه نصيب، فلا يصير مخالفـًا أيضـًا؛ لأنه لا صنع له فيه (ولكنه يعتق على المضارب ما ملك منه: وهو نصف الفضل، ولا ضمان على المضارب؛ لأنه لا صنع له فيه)[١]، ويسعىٰ الغلام في قدر رأس المال، وفي

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

حصة رب المال من الفضل ويكون ولاؤه لهما على قدر ذلك، (وهذا قول أبي حنيفة)[١]، وعندهما: يعتق كله/ على المضارب؛ لأن العتق عندهما لا يتجزأ، [١٨٩-أ] ويسعىٰ الغلام لرب المال على ما ذكرنا، والولاء كله للمضارب.

ولو كانت المشتراة جارية قد ولدت من المضارب، ولم يكن في قيمتها فضل على رأس المال لا يصير مخالفاً، وكان له أن يبيعها، ولو ازدادت قيمتها بعد الشراء وظهر للمضارب فيها نصيب، صار ذلك القدر منها أم ولد للمضارب، فلما صار البعض أم ولد، صار الكل أم ولد؛ لأن [أمومية] الولد لا تتجزأ، وضمن المضارب لرب المال قدر رأس المال وحصته من الربح موسراً كان أو معسراً؛ لأنه ضمان جنس المال، فيستوي فيه اليسار والإعسار، ولا سعاية على أم الولد. والله سبحانه وتعالىٰ أعلم[٢].

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٣/ ٣٦٧ وما بعدها؛ فتاوىٰ قاضيخان ٣/ ١٠.

كِتَابُ المُسَاقَاةِ[١]

[تَعْرِيْفُ المُسَاقَاةِ]

قال رضي الله تعالىٰ عنه: المساقاة عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة، ولأهل المدينة لغات مخصوصة لها، يقولون [للمساقاة: محاقلة] وللمزارعة: مخابرة، وللإجارة: بيعـًا، وللمضاربة: مقارضة، وللصلاة: سجدة.

[حُكْمُ المُزَارَعَةِ والمُعَامَلَةِ]

ثم إن المزارعة والمعاملة كلتاها فاسدتان عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وعندهما: كلتاهما جائزتان[٢]، وعند الشافعي: المزارعة[٣] فاسدة،

---

(١) المساقاة لغة: مفاعلة من السقي.
وشرعـًا: دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره، وهي كالمزارعة حكمـًا، وخلافـًا، وشروطـًا). اللباب (مع الجوهرة) ص ٤٨١.

(٢) في فتاوىٰ قاضيخان: (المزارعة فاسدة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وقال صاحباه رحمهما الله تعالىٰ: تجوز إذا استجمعت شرائطها، والمعاملة على هذا الخلاف أيضـًا، والفتوىٰ على قولهما؛ لتعامل الناس في جميع البلدان)، ٣/ ١٥. انظر: مختصر الطحاوي ص١٢٧.

(٣) قال النووي: (المزارعة: هي المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج من زرعها، والبذر من مالك الأرض.
والمخابرة مثلها، إلاّ أنّ البذر من العامل، وقيل: هما بمعنىٰ واحد، والصحيح الأول، وبه قال الجمهور)، تحرير ألفاظ التنبيه ص٢١٧. وظاهر نص الشافعي: أنهما عقدان مختلفان، انظر: الروضة ٥/ ١٦٨.

والمعاملة[1] جائزة[2].

ثم اسم المعاملة[3] يقع على حدائق الأعناب، والأشجار المثمرة، وينبغي له (أن يشترط المدة)[4] ويشترط له حصة معلومة نحو: الرُّبُع، أو الخُمُس، أو نحوه.

[التصرفات المؤدية إلى فساد المعاملة]

ولو استثنىٰ شيئاً لنفسه فإنه [لا] تجوز المعاملة، ولا ينبغي له أن يشترط العمل على صاحب الكرم، فإن اشترط فسدت المعاملة؛ لأن التخلية لم توجد، ولو اشترط شيئاً على المساقي مما لا ينبغي منفعته وراء المدة، نحو أن يشترط: تلقيح[5] النخيل، وسقي الكروم والأشجار، وكل ما يحتاج إليه الكرم، فإنه يجوز، وإذا كان مما تبقىٰ منفعته وراء المدة نحو إلقاء السرقين[6]، ونصب العرايش، وتقليب أرض الغراس، وغرس الأشجار، وما أشبه ذلك مما تبقىٰ منفعته وراء المدة، فإنه لا يجوز، وتكون المعاملة فاسدة.

وكذلك إذا اشترط قطف العنب على العامل تفسد المعاملة، فإذا فسدت

---

(١) (والمعاملة في كلام أهل العراق: هي المساقاة)، كما قال الصَّغَاني في المصباح (عمل).

(٢) قال النووي: (والمخابرة والمزارعة باطلتان، وقال ابن سريج: تجوز المزارعة)، ثم نقل ممن قال بجوازهما من الأصحاب، ثم قال: (والمختار جواز المزارعة والمخابرة ....، والمعروف في المذهب إبطالهما، وعليه تفريع مسائل الباب). الروضة ٥/ ١٦٨.

(٣) في م (المزارعة).

(٤) ما بين القوسين ساقطة من م. وهذا على قول القائلين بالجواز، كالصاحبين. انظر: شرح المختصر ٣/ ٣٨٠.

(٥) تلقيح النخل: تأبيره، (وتلقيح النخل بشق طلع النخلة الأنثىٰ، ووضع شيء من طلع النخلة الذكر في هذا الشق). معجم لغة الفقهاء (لقح).

(٦) السِّرقِين والسِّرجين لغة فيه (لفظ معرب): وهو الزبل.
يقال: سَرْقَن الأرض: سمَّدها بالسرقين. انظر: المعجم الوسيط؛ معجم لغة الفقهاء (سرقن).

المعاملة، فما خرج يكون كله لصاحب الكرم، ويجب عليه أجر المثل للعامل، وإن لم يشترط في المعاملة تلقيح نخلها وإبارها، وحفظها على المساقي، فإنه ينظر: إن كان ما وقع عليه العقد يحتاج إلى حفظه، ويرى اشتراط ذلك على المساقي، كانت المساقاة فاسدة، وإن كان لا يحتاج إلى حفظه، كانت المساقاة جائزة، وكذلك تلقيح النخل والإبار.

ولو دفع نخلة معاملة إلى عشر سنين بحصة معلومة [مثل الثلث والربع]، فإنه يجوز.

[وإن لم يبيّن لها وقتاً معلوماً، جازت استحساناً، بخلاف الزراعة؛ لأن لابتدائها وانتهائها وقتاً معلوماً، وفي المزارعة تتفاوت تفاوتاً فاحشاً؛ لأن منها ما يكون في الصيف، ومنها ما يكون وقت إلقاء البذر.

والله سبحانه وتعالىٰ أعلم بالصواب][(١)].

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من م.
انظر: مختصر الطحاوي ص ١٢٧؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٣٧٩ - ٣٨١.

كِتَابُ الإِجَارَاتِ(١)

[أَنْوَاعُ التَّمْلِيْكِ]

قال الشيخ الإمام رضي الله تعالىٰ عنه: التمليك على ضربين: تمليك منفعة، وتمليك عين، وكل وجه على وجهين: إما أن يكون ببدل، أو بغير بدل.

أما تمليك العين ببدل: فهو البيع.

وأما تمليك العين بغير بدل: فهو الهبة، والوصية وما أشبه ذلك.

وأما تمليك المنفعة ببدل: فهي الإجارة.

---

(١) الإجارة في اللغة: اسم للأجرة، وهي كراء الأجير.

أما في الاصطلاح الفقهي: فهي تمليك المنافع بِعِوَض، سواء أكان ذلك العوض عيناً أو ديناً أو منفعة). معجم المصطلحات الاقتصادية ص٣٠.

وفي الجوهرة: (الإجارة: عقد على المنافع بعوض مالي يتجدد انعقاده بحسب حدوث المنافع ساعة فساعة)، الجوهرة ص ٣٣٤.

(وتنقسم الإجارة عند الفقهاء باعتبار نوع المنفعة المعقود عليها إلى قسمين: إجارة أعيان: كاستئجار الدور، والحوانيت، والأراضي والسيارات، والثياب ونحوها.

وإجارة أعمال: كاستئجار أرباب الحرف، والصنائع، والعمال، والخدم). معجم المصطلحات الاقتصادية.

(والأصل في جواز عقود الإجارات: كتاب الله تعالىٰ، وسنة نبيِّه صلىٰ الله عليه وسلم، واتفاق الصدر الأول)، كما ذكر الجصاص في شرح مختصر الطحاوي (مفصلاً) ٣/ ٣٨٣.

وأما تمليك المنفعة بغير بدل: فهي العارية.

ثم عقد البيع: عقد يعقد على الإبهام، والتوقيت يبطله.

[شُرُوْطُ عَقْدِ الإِجَارَةِ]

وعقد الإجارة: يعقد على التوقيت، والإبهام يبطله، وعقد الإجارة: عقد معاوضة، فلا يجوز إلا أن يبين البدل من كلا الجانبين(١).

وأما بيان المنفعة: فهو بأحد معانٍ ثلاثة: إما تبيان الوقت: وهو الأجل، وإما تبيان العمل، وإما تبيان المكان، فإذا وجد أحد هذه المعاني الثلاثة يجوز، وأما تبيان الأجرة(٢) فإن كانت دراهم أو دنانير، فالشرط فيه بيان القدر، ويقع ذلك على نقد البلد، وإن كانت النقود مختلفة / فإنه يقع على الغالب منها، [١٨٩-ب] وإن كان الغالب مختلفاً، فإن الإجارة فاسدة ما لم يبين نقداً منها، فإن بَيَّن جاز.

وإن كان [الأجر] كَيْلِيًّا أو وَزْنِيًّا، أو عَدَدِيًّا متقارباً، فالشرط فيه بيان القدر والصفة، ويحتاج إلى بيان مكان الإيفاء إذا كان له حمل ومؤونة عند أبي حنيفة، وإن لم يكن له حمل ومؤونة، فلا يحتاج إلى بيان مكان الإيفاء، وعندهما: بيان مكان الإيفاء ليس بشرط، ولا يحتاج إلى بيان الأجل، فإن بين الأجل جاز وثبت(٣).

---

(١) وأجمل ذلك أبو الليث بقوله: (وشروط جوازها ثلاثة أشياء: أجل معلوم، وعمل معلوم، وبدل معلوم). خزانة الفقه ص٢٤٥، وقد ذكرها المؤلف مفصَّلة.

(٢) في م (وبيان الأداء إلا إذا كان فيه دراهم ...).

(٣) كما ذكر أبو الليث جملة ما لا يجوز الاستئجار عليه، فقال: (خمسة عشر شيئاً لا يجوز الاستئجار عليها: ١-الحج. ٢-والعمرة. ٣-والإمامة. ٤-والأذان. ٥-والإقامة. ٦-والغناء. ٧-والنوح. ٨-وإجارة المشاع في المنقسم وغير المنقسم. ٩-واستئجار دار =

[شُرُوْطُ إِجَارَةِ الثِّيَابِ والعُرُوْضِ]

وأما إذا كانت الأجرة ثياباً أو عروضاً، فالشرط فيه بيان القدر، والأجل، والصفة؛ لأن الثياب لا تثبت دَيْناً في الذمة، إلا من الأمر [من] جهة السلم، فكان لثبوته أصل واحد وهو السَّلَم، فلا يجوز إلا شرائط السلم، بخلاف الكيلي والوزني؛ لأن لثبوته أصلين: القَرْض، والسَّلَم، والأجل في القرض ليس بشرط، فإن بَيَّنَ جاز كالسَّلَم، وإن لم يبين جاز كالقرض.

وفي هذا كله إذا كان عيناً، فإن [الإشارة] فيه كافية، ولا تحتاج إلى بيان القدر، كالوصف والأجل.

وأما إذا كان حيواناً، فإنه لا يجوز إلاّ أن يكون مُعَيَّناً، وأما إذا كان بدله المنفعة، فإنه ينظر: إن كان من جنسه، فإنه لا يجوز: كما إذا استأجر سكنىٰ دار بسكنىٰ دار، أو استأجر ركوب دابة بركوب دابة؛ لأن الجنس بانفراده يحرم النسأ، وأما إذا كان بخلاف جنسه، فإنه يجوز: كما إذا استأجر سكنىٰ دار بركوب دابة، فإنه يجوز.

[شُرُوْطُ اسْتِحْقَاقِ الأُجْرَةِ]

ثم الأجرة إنما تستحق بأحد معانٍ ثلاثة: إما بالتعجيل، أو بشرط التعجيل، أو باستيفاء ما للأجرة ببدل عنه، فإذ وجد بأحد هذه الأشياء [الثلاثة] التي ذكرنا فإنه

= بسكنىٰ دار أخرىٰ. ١٠-واستئجار المرعىٰ والآجام. ١١ -وإيجار عبده ليخدمه عبد آخر. ١٢-واستئجار القصبان. ١٣-واستئجار الأشجار ليبسط عليها ثيابه. ١٤-ولو اشترىٰ ثمرة على رؤوس الأشجار، ثم استأجر الأشجار ليبقي الثمرة عليها، أو استأجر طحّاناً ليطحن له كُرّ حنطة بدرهم وقفيز من دقيقه. ١٥-وكذلك أن يشتري زرعاً في أرض، ويستأجر الأرض مدة غير معلومة ليدرك الزرع فيها). خزانة الفقه ص ٢٤٧، ٢٤٨.

يملكها[(١)]، ولا يملكها بمجرد العقد عندنا، وعند الشافعي: يملكها كما في البيع والنكاح[(٢)].

[أَنْوَاعُ الأُجْرَةِ]

ثم الأجرة لا تخلو: إما أن يكون مُعَجَّلاً، أو مُؤَجَّلاً، أو مُنَجَّمـًا، أو مَسْكُوْتـًا عنها:

أما إذا كانت مُعَجَّلَة فإنه يملكها، وله أن يطالب بها؛ لأنهما هكذا شرطا، وقال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: (**المسلمون عند شروطهم**)[(٣)].

وأما إذا كانت مُؤَجَّلَةً، فليس له أن يطالب بها ما لم يمض الأجل.

وأما إذا كانت مُنَجَّمَةً، فإنه يطالب بها عند كل نَجْم، والمُنَجَّم: هو أن يشترط في كل نجم كذا، فإذا مضىٰ نجم يجب عليه الأجرة التي شرط فيه[(٤)].

---

(١) في م (يملك الأجرة). (والدليل علىٰ أنها غير مستَحقَّة بالعقد: قول الله تعالىٰ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٣]، فأوجب لهنَّ الأجر بعد الرضاع.

ويدل عليه قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (يقول ربكم: ثلاثة أنا خصمهم، ومن كنت خَصْمَه خَصَمْتُه: رجل أعطاني عهداً ثم غَدَر، ورجل باع حرًّا ثم أكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفىٰ عمله، ولم يوفِّه أجره) [البخاري (٢٢٢٧)]، فأخبر أن اللوم لحلقه بمنعه الأجر بعد استيفاء العمل ...). كما ذكر الجصاص في الشرح ٣/ ٣٨٨.

(٢) انظر: المهذب ٣/ ٥١٥؛ الروضة ٥/ ١٨٠.

(٣) الحديث أخرجه الطبراني في الكبير ٤/ ٢٧٥؛ والحاكم في المستدرك ٢/ ٥٧؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٦/ ٧٩؛ وقال ابن حجر: (فروي من حديث أبي هريرة، وعمرو بن عوف، وأنس بن مالك ...، وغيرهم، وكلها فيها مقال، لكن حديث أبي هريرة أمثلها). تغليق التعليق ٣/ ٢٨١.

(٤) (وذلك لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (مَنْ استأجر أجيراً، فَلْيُعْلِمْهُ أجره) [أخرجه البيهقي في الكبرىٰ ٦/ ١٢٠؛ انظر: التلخيص الحبير ٣/ ٦٠])، فقال الجصاص مبيِّنًا وجه الدلالة: (فأجازها إذا كانت الأجرة معلومة، ولم يفرق بين أن تكون الأجرة معجّلة أو مؤجّلة)، ٣/ ٣٩١.

وإن كان مسكوتـًا عنها: فإن أبا حنيفة رضي الله تعالىٰ عنه كان يقول أولاً: [لا] يطالبه بالأجرة ما لم يستوف المنفعة كلها، ثم رجع وقال: يطالبه عند مضي كل يوم، وهو قول أبي يوسف ومحمد(١).

والمؤاجر إذا قبض الأجرة كلها، ثم انتقضت الإجارة، فإن له بحساب ما استوفىٰ من المنفعة، ثم يرد الباقي على المستأجر(٢).

[عُذْرُ أَوْ مُوْتُ أَحَدِ المُتَعَاقِدَيْن]

قال: **(ومن مات من المؤاجر أو المستأجر في مدة الإجارة، انقضت الإجارة بموته)**(٣)، وهذا عندنا، وقال الشافعي: لا تنتقض(٤)، وكذلك الإجارة تنتقض بالعذر، وتبقىٰ بالعذر، والعذر من [جهة المؤاجر: أن](٥) يلحقه دين فادح لا وفاء له إلا ببيع الشيء المستأجر، إذا كان الدين ثبت قبل عقد الإجارة بالبينة، [أو بالإقرار](٦) أو بالبينة [بعد] عقد الإجارة.

ولو ثبت الدين بعد عقد الإجارة بالإقرار في قول أبي حنيفة كذلك أيضـًا، وأما في قولهما: فلا تنقض الإجارة.

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٢٨.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١٢٨.

(٣) وأما تعليل ذلك، فكما ذكر الجصاص: (بأنه إذا مات المؤجر، فقد انتقل ملك الدار إلى الورثة، والمنافع حادثة على ملكهم ....، والميت إنما عقد الإجارة على أن يستوفي المنافع في ملكه، فلما زال ملكه عن الأصل، بطلت الإجارة ... .

وأما إذا مات المستأجر، فقد انتقل ملكه إلى الورثة، فلا يجوز أن تُستحق عليهم الأجرة بعد الموت، وذمة الميت قد بطلت، ولا يلحقه الدَّين بعد موته)، الشرح ٣/ ٣٩٢، ٣٩٣.

(٤) قال النووي: (ولا تنفسخ بموت العاقدين)، المنهاج ص ٣١٣.

(٥) في أ، ج (جملة المؤاجرات) والمثبت من م.

(٦) في أ، ج (بالإجارات) والمثبت من م.

وإذا ثبت العذر فإن القاضي يبيع أولًا ثم ينقض الإجارة، ولا ينقض الإجارة بنفس العذر.

والعذر من جهة المستأجر: أن يريد سفراً، أو أفلس وقام من السوق، أو ترك الحِرْفَةَ وأخذ في الزراعة، أو استأجر أرضاً للزراعة فترك الزراعة وأخذ في التجارة، وما أشبه ذلك، فإنه يكون عذراً.

[١٩٠-أ] وأما إذا وجد/ أرخص من ذلك، فإنه لا يكون عذراً، فإن أراد أن يترك هذا ويأخذ الأرخص، فليس له ذلك.

[ما يكون عذراً ويبقىٰ به]

ولو استأجر رجلاً ليقلع سِنّه ثم بدا له أن لا يقلع، فإنه يكون عذراً، وكذلك إذا استأجر ليهدم داراً ثم بدا له أن لا يهدم، وكذلك إذا وقعت في يده آكلة، فاستأجر رجلاً ليقطع يده، ثم بدا له أن لا يقطع، فهو عذر.

وأما الذي يبقىٰ بالعذر: فهو أن يستأجر دابة إلى مكة فمات المؤاجر وهو في بعض المفازة، فإنه لا يترك في المفازة بل يحمل إلى مكة، أو إلى أقرب الأماكن من مكة من المصر، وكذلك لو استأجر أرضاً ليزرع فيها إلى مدة معلومة، فمضىٰ الأجل والزرع بقل(١)، فإنه لا يؤمر بالقلع ولا يجبر عليه، بل يترك إلى وقت الإدراك بالأجر.

قال: ومن استأجر دابة إلى مكان معلوم فجاوز عن ذلك المكان، فإنه يصير مخالفاً، وبالإخلاف يصير ضامناً، ثم إذا عاد وسلم الدابة إلى صاحبها، فإنه يجب عليه الأجر للذهاب، ولا يجب للمجيء أجراً؛ لأنه لما جاوز الموضع المعلوم

(١) (والبقل: كل نبات اخضرّت به الأرض، قاله ابن فارس). كما في المصباح، وقال المطرزي: (وقولهم: باع الزرع وهو بَقْل، يعنون: أنه اخضر لمّا يدرك)، وهذا المراد هنا بالبقل. (بقل).

صار مخالفاً، فيجب الضمان، والضمان مع الأجر لا يجتمعان عندنا، ألا ترىٰ أنه إذا هلك يجب عليه الضمان، سواء استعمله أو لم يستعمله[١].

ولو عاد إلى ذلك المكان هل يرتفع الخلاف؟ كان أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ أولًا يقول: يرتفع الخلاف، وهو قول زفر، ثم رجع وقال: لا يرتفع، وأجمع أصحابنا: أنه إذا خالف في الوديعة ثم ترك الخلاف أنه يبرأ من الضمان.

[الضَّمَانُ بِمَخَالَفَةِ المُسْتَأْجِرِ المُؤَجّر]

ولو استأجر دابة إلى مكان معلوم، فلم يذهب وحبسها[٢] في داره حتى مضت المدة، وهلكت، فإنه يجب [عليه] الضمان ولا يجب الأجر[٣]؛ لأنه حبسها في موضع هو غير مأذون فيه، وكذلك لو استأجر دابة ليركبها إلى مكان معلوم، فركبها إلى مكان آخر، فإنه يضمن إذا هلكت وإن كان أقرب منه؛ لأنه صار مخالفاً، وإن لم تهلك فلا ضمان عليه وتجب الأجرة أيضاً؛ لأن الأجرة والضمان لا يجتمعان عندنا.

ولو أن رجلاً استأجر دابة ليركبها إلى مكان معلوم، فذهب من غير الطريق العام، فإنه ينظر: إن كان الناس يسلكون من ذلك الطريق، فإنه لا يصير مخالفاً، ولو سلك من طريق لا يسلك الناس فيه، فإنه يضمن إذا هلكت، وأما إذا لم تهلك وبلغ الموضع المعلوم، ثم رجع وسَلَّم الدابة إلى صاحبها، فإنه يجب عليه الأجرة،

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٢٨؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٣٩٤.
(٢) في م (وجلس في داره).
(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص١٢٨؛ (وذلك لأن المعقود عليه منها، تسليمها في الموضع المشروط فيها السَّيْر، ولم يحصل ذلك، فلم يجب الأجر؛ لعدم التسليم، وهو ضامن بحبسها في منزله؛ لأنه لم يؤمر بإمساكها على الوجه)، كما قال الجصاص في الشرح ٣/ ٣٩٤.

بخلاف ما إذا ذهب إلى[1] مكان آخر؛ لأن لهذا حكماً بين حكمين يشبه الخلاف من وجه، ويشبه الوفاق من وجه: فمن حيث إنه أعطي له حكم الخلاف إذا هلك يضمن، ومن حيث إنه أعطي له حكم الوفاق إذا بلغ الموضع الذي شرط، ثم سَلَّم الدابة إلى صاحبها، تجب الأجرة؛ لأن كل فرع إذا أخذ شَبَهاً من أصلين، توفر عليه حَظَّهما من الجانبين.

ومن استأجر دابة إلى مكان معلوم ليركبها، فذهب بها ولم يركبها ولم يحمل عليها شيئاً، فإنه تجب الأجرة، وكذلك إذا استأجر داراً ليسكنها فسَلَّم المؤاجر المفتاحَ إليه ومضت المدة، فإنه تجب الأجرة عليه، سكن الدار أو لم يسكن[2]، إلاّ إذا منعه مانع من سلطان أو غيره، وأخرجه ولم يمكن دفعه عنها، فلا تجب عليه الأجرة[3].

[خِيَارُ الرُّؤْيَةِ للمُسْتَأْجِرِ]

قال: (**ولو أن رجلًا استأجر داراً ولم يرها، فله الخيار إذا رآها**)[4]؛ لأن الإجارة بيع المنفعة، فتثبت فيها خيار الرؤية كبيع العين، وبعدما رضي ليس له أن يردها كما في بيع العين.

قال: (**وإذا عطبت الدابة المستأجرة، أو العبد المستأجر عند مستأجرهما من غير تَعَدٍّ [منه فيهما]، ولا خلاف ولا جناية [منه]، فلا ضمان عليه**)[5]؛ لأن العين

---

(١) في م (من طريق آخر).

(٢) (لأن الأجر إنما يُستحق بتسليمها في المدة المؤقَّتة للإجارة). شرح المختصر ٣/ ٣٩٤.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص١٢٨.

(٤) وعبارة الطحاوي في المختصر: (... إن شاء احتبسها، وإن شاء رَدّها ونقض الإجارة فيهما)، ص١٢٩. وكذلك (الشراء، والمعنىٰ فيهما جميعاً: جهالة المعقود عليه عنده). شرح المختصر ٣/ ٣٩٥.

(٥) المصدر السابق ص ١٢٩. (من قِبَل أنه قبضها بإذن المالك، لا على ضمان البدل عن =

المستأجرة عنده أمانة، والأمانة إذا هلكت من غير تعدٍّ ولا خلاف، فلا ضمان، وبطلت الإجارة؛ لأنه [فات][(١)] المعقود عليه.

[تَصَرُّفُ المُسْتَأْجِرِ قَبْلَ القَبْضِ]

قال: (**ومن استأجر / داراً [ليسكنها] فليس له أن يؤاجرها من غيره حتى يقبضها**)[(٢)]. [١٩٠-ب]

هذا لا يخلو: إما أن يؤاجر منقولاً أو غير منقول، أما إذا كان منقولاً فلا يجوز له أن يؤاجره قبل القبض؛ (لنهي النبي صلىٰ الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض)[(٣)]، والإجارة في معنىٰ البيع.

أما إذا كان غير منقول فأراد أن يؤاجره قبل القبض، فعلىٰ على الخلاف الذي ذكرنا في البيع عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: لا يجوز، وقيل: بأن في الإجارة لا يجوز بالاتفاق، وفي البيع اختلاف.

ولو قبضه ثم أَجَّره بعد ذلك، فإنه يجوز إن أجره بمثل ذلك الأجر أو أقل، وإن أجره بأكثر مما استأجر فالإجارة جائزة أيضـاً، إلا أنه ينظر: إن كانت الأجرة الثانية من جنس الأولىٰ، فإن الزيادة لا تطيب له ويتصدق بها، وإن كانت من خلافه طابت له الزيادة.

ولو أنه زاد في الدار زيادة كما إذا أوتد فيها وتداً، أو حفر فيها بئراً، أو طَيَّنَها أو

= عينها)، كما في الشرح ٣/ ٣٩٥.

(١) في أ، ج (كان) والمثبت من م.

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٢٨.

(٣) الحديث أخرجه (النسائي، وابن حبان، وأحمد، والطبراني، والدارقطني، من حديث حكيم بن حزام وابن عباس ...)، كما قال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٥٥؛ وأخرج ابن ماجه بلفظ: (لا يحل بيع ما ليس عندك) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما (٢١٨٨).

ما أشبه ذلك، فإنه تطيب له الزيادة، وأما الكنس لا يكون زيادة[١].

وله أن يؤاجرها ممن شاء إلا الحَدَّاد والقَصَّار والطَّحَّان وما أشبه ذلك، مما يوهن البناء والحيطان.

[وجود عيب في الدار المستأجرة]

قال: (**ومن استأجر داراً و قبضها ثم وجد بها عيبًا يضره في سكناه، فهو بالخيار: إن شاء احتبسها وكانت الإجارة على حالها، وإن شاء نقض الإجارة فيها**)[٢].

والعيب: هو كسر الجذع، وصدع الحائط، وما يوهن البناء ويمنع السكنى، وإنما كان له حق الرد بالعيب؛ لأن عقد الإجارة عقد معاوضة، فأشبه البيع، ولو رضي بذلك العيب وسكن بعد ذلك، فليس له أن يَرُدَّهَا، ويجب عليه جميع الأجرة، ولا يَحُطُّ عنه شيء من الأجرة كالمشتري إذا رضي بالعيب وقبضه، وليس كذلك إذا حبس الأجر لنفسه شيئًا، فإنه يحط عنه من الأجر بقدره.

ولو حدث بها عيب بعد عقد الإجارة، فإنه يردها أيضًا بخلاف البيع، فإنه إذا حدث بالمبيع عيب بعد القبض، فليس له أن يرده، والفرق بينهما: أن عقد الإجارة عقد يَرِدُ على المنفعة، فإذا حدث العيب قبل استيفاء المنفعة، فكأنَّه حدث بعد العقد قبل القبض، فإنه يَرُدُّهُ، كذلك هاهنا، ولو كان العيب مما لا يضر سكناه فيها، فليس له أن يردها به[٣].

---

(١) انظر: شرح المختصر ٣/ ٣٩٥، ٣٩٦.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٢٩.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٣٩٦.

[الضَّمَانُ عَلى الأَجِيْرِ المُشْتَرَكِ]

قال: (ومن استأجر رجلاً على خياطة ثوبه، أو على قصارته، وقبضه، فتلف في يده فغير فعله وبغير تَعَدٍّ منه، فلا ضمان عليه)[١].

الأجير المشترك[٢] لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة[٣]، إلاّ ما جنت يده، وفي قولهما: يضمن إلاّ إذا كان ذلك من حرق غالب، أو سرق غالب، أو غرق غالب، فحينئذٍ لا ضمان عليه، وقال زفر والشافعي: لا ضمان عليه وإن جنت يده[٤].

ثم إذا وجب الضمان في قولهما: فإن هلك قبل العمل يضمن قيمته غير معمول، ولم يكن له من الأجر شيء، وإن هلك بعد العمل فصاحبه بالخيار: إن شاء ضَمَّنَه قيمته معمولاً ولا يعطيه الأجر، يعني: يحط قدر الأجر من الضمان، وإن شاء ضمنه قيمته غير معمولٍ، ولم يكن له عليه أجرة.

ولو ادَّعَىٰ الرَّدَّ على صاحبه، وصاحبه ينكر، فالقول: قول الأجير عند أبي حنيفة؛ لأنه أمين في قبضه، ولكن لا يصدق في دعوىٰ الأجير، وعندهما: القول قول صاحب الثوب؛ لأن الثوب مضمون عند الأجير، فلا يصدق على الرد إلا بِبَيِّنَةٍ.

---

(١) مختصر الطحاوي ص ١٢٩.

(٢) (والأجير المشترك: هو الذي يتقبل الأعمال من الناس: كالصَّبَّاغ، والقصَّار، والخيَّاط أو غيره، ويستحق الأجر بعمله، وليس لمن استأجر أن يمنعه عن العمل لغيره، والمتاع في يده أمانة، فلا يكون ضامناً عند أبي حنيفة وزفر، وفي قول أبي يوسف ومحمد: يكون المتاع مضموناً لو هلك بغير صنعه ...)، كما في خزانة الفقه ص٢٤٦.

(٣) (وذلك لأن قبضه بإذن مالكه على غير وجه البدل، فصار كالوديعة والمضاربة، ... والأجير غير مستحق على الرقبة، ولا عن الحفظ، وإنما هو مستحق بدلاً من المنافع ...). شرح المختصر ٣/ ٣٩٧.

(٤) انظر: المنهاج ص٣١٢.

وأجير الواحد أمين في قولهم جميعـاً، حتى إن ما هلك من عمله فلا ضمان عليه أيضـاً، إلّا إذا خالف فيه، والخلاف: أن يأمره بعمل فيعمل غيره، فيضمن ما تولد منه حينئذٍ.

[الفَرْقُ بيْنَ الأَجِيْرِ المُشْتَرَكِ وَالأَجِير الوَاحِدِ]

ثم الأجير المشترك: هو أن يَتَقَبَّلَ العَمَلَ من غير واحد، والأجير الواحد[١]: أن
[١٩١/أ] يتقبل / العمل من واحد، والعقد في الأجير المشترك إنما يقع على تسليم العمل، لا على تسليم النفس، والعقد في الأجير الواحد: إنما يقع على تسليم النفس إليه في المدة، لا على تسليم العمل.

ولو استأجر حَمَّالاً ليحمل له حملاً إلى موضع كذا، فزلقت رجله في الطريق، فسقط وانكسر، فإنه يضمن في قولهم [جميعـاً][٢]؛ لأن ذلك من جناية يده، لأن الواجب عليه أن يحفظ رجله، وينظر إلى موضع قدميه، إلا عند زفر والشافعي: فإنه لا يضمن[٣].

ولو زحمه الناس حتى انكسر، فإنه لا يضمن بالإجماع؛ لأن ذلك بمنزلة الحرق الغالب، ولو أنه هو الذي زاحم الناسَ حتى انكسر، فإنه يضمن، وصاحبه بالخيار: إن شاء ضمنه قيمته وقت الكسر، ويحط عنه من الأجرة بإزاء ما حمل،

---

(١) (والأجير الخاص: أن يستأجر رجلًا شهراً للخدمة، أو ليرعىٰ غنمه، وليس له أن يسافر إلّا أن يشترط ذلك، وما تلف بعمله، لا ضمان عليه)، كما في خزانة الفقه ص٢٤٧؛ (والأجير الخاص: هو الذي يستحق الأجر بمضي المدة مع التسليم)، كما في الشرح.

(٢) (والحجة لقولهم في ضمان ما جنت يداه وإن لم يخالف: أن الأجير لمّا كان مستحقـاً للأجر على العمل، كان العمل مضمونـاً؛ لأن عقود المعاوضات تقتضي الضمان ....، كان ما حدث عنه مضمونـاً؛ لأن ما حدث من المضمون، فهو مضمون)، كما في الشرح ٣/ ٣٩٩.

(٣) انظر: المهذب ٣/ ٥٦٠؛ المنهاج ص٣١٢.

وإن شاء ضمنه قيمته في ذلك المكان الذي حمله، وروي عن أبي حنيفة أنه قال: يضمن الحَمَّال قيمته محمولاً وقت الكسر، ويحط عنه من الضمان بمقدار الأجرة إلى ذلك المكان؛ لأن الشيء في يده أمانة، وإنما صار مضموناً عليه بالكسر.

ولو هلك الشيء في يد الحَمَّال من غير تَعَدٍّ منه، ضمن عندهما، ولم يضمن عند أبي حنيفة، وكذلك هذا الحكم في المكاري والجَمَّال إلَّا إذا سلم المكاري الدابة إلى صاحب المال، فلا ضمان عليه؛ لأنه هلك في يد صاحبه.

والراعي بمنزلة الأجير المشترك إذا كان يرعىٰ للعامة، فما تلف من سوقه وضربه إياه بخلاف العادة، فإنه يضمن؛ لأنه من جناية يده، وإذا ساق الدواب على التُّرْعَةِ[١] فازدحموا على قَنْطَرَةٍ[٢] ودفع بعضها بعضاً فسقط في الماء وعطب، فإنه يضمن؛ لأنه من جناية يده.

ولو قال لرجل: استأجرتك لترعىٰ غنمي خاصة مدة معلومة، فهذا أجير الواحد[٣].

[اِسْتِحْقَاقُ أُجْرَةِ الأَجِيْرِ المُشْتَرَكِ]

والأجير المشترك ما لم يفرغ من العمل لا يستحق الأجرة، إلاَّ إذا عمل في بيت المستأجر، كالخياط إذا عمل في بيت المستأجر، وكلما عمل شيئاً استوجب أجرة بعد أن علم لذلك القدر من العمل أجرة، وكذلك أجير الواحد إنما يستوجب

---

(١) التُّرْعَةِ: يقال للموضع يحفره الماء من جانب النهر، ويتفجَّر منه، ويطلق أيضاً على فوهة الجدول، وأيضاً: للقناة الواسعة للسقي أو الملاحة. وهو المراد. انظر: المصباح؛ المعجم الوسيط (ترع).

(٢) (القَنْطَرَةُ: جسر متقوِّس مبني فوق النهر، يُعبر عليه، والجمع قناطر). المعجم الوسيط (قنطر).

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٣٩٧، ٣٩٨.

الأجر ساعة فساعة، يوماً فيوماً، ولا يحتاج إلى فراغه من العمل، ولا إلى تسليمه من المستأجر بعد أن علم لذلك القدر من المدة أجرة(١).

[العَامِلُ الَّذِيْ لَهُ حَقُّ الحَبْسِ بِالأَجْرِ]

قال: (**وللصَّبَّاغ، وللخَيَّاط، وللحياك احتباس ما استؤجروا على عمله حتى يستوفوا أجره**)(٢).

الأصل في هذا: أن كل عامل وأجير كان لعمله تأثير في ذلك الشيء الذي عمل فيه، فله أن يحبسه حتى يستوفي الأجر، وكل ما ليس له تأثير في عمله فليس له أن يحبسه، والذي له تأثير نحو الإسكَافي(٣)، والخَيَّاط، والقَصَّار(٤)، والصَّبَّاغ وما أشبه ذلك، والذي لا تأثير لعمله [كالمُكاري](٥)، والجَمَّال فليس لهم أن يحبسوا.

ثم الذي له حق الحبس، إذا حبس وهلك الشيء في يده، فإنه لا يضمن، ولا يكون له الأجر أيضاً؛ لأن الأجر إنما يستحق بتسليم العمل، ولم يوجد، وعند أبي يوسف ومحمد: يضمن؛ لأن الشيء مضمون في يده قبل الحبس، فإذا حبسه أولىٰ أن يضمن.

وأما الذي [ليس] له حق الحبس إذا حبس حتى هلك، يكون مضموناً عليه؛ لأنه

---

(١) انظر: المصدر السابق نفسه.

(٢) في المختصر: (حتى يوفَّوا أجرته) ص ١٣٠. المعجم الوسيط (قنطر).

(٣) (الإسكاف: الخَرَّاز، وصانع الأحذية ومصلحها، والجمع: أسافكة). المعجم الوسيط (سكف).

(٤) والقَصَّار من قصَّرَ الثوب: إذا دَقَّهُ وبَيَّضه، والقِصَارة: حرفة القَصَّار. انظر: المعجم الوسيط (قصر).

(٥) في أ (كالمكاتب)، والمثبت من م. والمكاري: اسم فاعل من أكرىٰ، والكِرَاء -بالمد-: الأجرة، وأكريته الدار إكراءً فاكتراه، بمعنىٰ: أجرته فاستأجر، والمكاري: الذي يؤجر الدواب ونحوها. انظر: المصباح؛ المعجم الوسيط (كرىٰ).

حبسه بغير حق، فيضمن ما تولد منه، وهو في [التضمين][١] بالخيار: إن شاء ضمنه [قيمته] محمولاً ويكون له الأجر، وإن شاء ضَمَّنه قبل الحمل ولا يكون له الأجر.

قال: (**ومَنْ استُؤْجر على قصارة ثوب، فَدَقَّه فتلف بذلك، أو حدث فيه عيب، كان عليه ضمانه تَعَدَّىٰ في ذلك أو لم يَتَعَدَّ [فيه]**)[٢]؛ لأن هذا من جناية يده، وبمثله، / لو تَحَرَّقَ على يد تلميذه أو علىٰ يد أجيره، فإن الضمان لا يجب على التلميذ، [١٩١-ب] [ولا على الأجير]، وإنما يجب الضمان على الأستاذ؛ لأن التلميذ إنما هو أجير الواحد للأستاذ، وأجير الواحد لا يضمن ما لم يخالف، ولم يخالف هاهنا، إلا أنه مأذون له بالدَّقِّ.

[بَيْعُ الدَّارِ المُؤَجَّرَةِ قَبْلَ انْتِهَاءِ المُدَّةِ]

قال: ومن آجَرَ داراً ثم باعها قبل انقضاء مدة الإجارة، فإن البيع جائز فيما بين البائع والمشتري، حتىٰ أن المدة لو انقضت كان البيع للمشتري، وليس له أن يمتنع عن الأخذ، إلا إذا طالب المشتري البائعَ بالتسليم قبل انقضاء مدة الإجارة، فلم يمكنه ذلك، وفسخ القاضي العقد بينهما، فإنه لا يعود جائزًا بمضي المدة.

ولو أن المستأجر أجاز البيع، جاز، وبطلت الإجارة فيما بقي من المدة، ولو فسخ فإنه لا ينفسخ العقد بينهما، حتى أن المدة إذا انقضت، كان للمشتري أن يأخذه. هذا هو ظاهر الرواية[٣].

وروىٰ الطحاوي عن أبي حنيفة ومحمد: أن المستأجر له أن ينقض البيع، وإذا نقض البيع فإنه لا يعود، وروي عن أبي يوسف أنه قال: ليس للمستأجر نقض البيع، والإجارة فيها كالعيب، فإن كان المشتري عالماً به وقت الشراء، فليس

---

(١) في أ، ج (النصفين) والمثبت من م.
(٢) مختصر الطحاوي ص١٣٠.
(٣) انظر: المصدر السابق نفسه.

له أن يطالب البائع بتسليم الدار إلى أن تمضي المدة، وإن لم يكن عالماً وقت الشراء، فهو بالخيار: إن شاء نقضه للعيب، وإن شاء أمضاه، وكذلك هذا الحكم في الإقرار إذا أقرّ بداره لرجل بعدما آجرها، فإنّ إقراره يَصِحُّ في حق نفسه ولا يَصِحُّ في حق المستأجر، فلما مضت المدة، فحينئذٍ يقضىٰ بالدار للمقر له(١).

[لَوْ آجَرَ الدَّارَ مِنْ رَجُلٍ، ثُمَّ آجَرَهَا مِنْ آخَرَ]

وبمثله [لو] آجر داره من رجل، ثم آجرها من آخر، فإن عقد الثاني يكون موقوفاً على إجازة المستأجر الأول، فإن أبطله بطل، بخلاف البيع، فإن هناك إذا بطله لا يبطل، والفرق بينهما: أن عقد الإجارة إنما يرد على المنفعة، والمنفعة مملوكة للمستأجر الأول، فإن أجاز مالكها جاز، وإن أبطل بطل، وأما البيع إنما يقع على العين، والعين مِلْك المُؤَاجِر إلا أن للغير فيها حقاً، فإذا أزال حق الغير نفد البيع(٢).

ولو أجاز المستأجر الأول الإجارة صَحَّت الإجارة الثانية، والأجرة للمستأجر الأول، ولا يكون لصاحب الدار، بخلاف البيع، أن هناك يكون الثمن لصاحب الملك، والفرق بينهما: ما ذكرنا؛ لأن عقد الإجارة يَرِدُ على المنفعة، وهي مِلْكُ المُسْتَأجِرِ الأول، فإذا أجاز كان بدلها له، وأما الثمن فإنه بدل العين، والعين مِلْكُ المُؤَاجِر فكان بدلها له، وبالإجارة لا ينفسخ عقد المستأجر الأول ما لم تمضِ مدة الثاني، فإذا مضت فحينئذٍ تنقضي المدتان جميعاً إن كانت مدتهما واحدة، وإن كانت مدة الثاني أقل من مدة الأول، فللأول أن يسكن حتى تتم المدة.

وكذلك لو رهنها المؤاجر قبل انقضاء المدة، فالعقد جائز بينه وبين المرتهن، وللمستأجر أن يحبس حتىٰ تنقضي مدته، ولو رهن داره من رجل وقبضها المرتهن

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٣٠، ١٣١؛ شرح المختصر ٣/ ٤٠٢.

(٢) في م (فإذا فات حق الغير، جاز البيع).

ثم باعها الراهن من آخر، فالبيع جائز بين البائع والمشتري، وفي حق المرتهن لا يجوز، وله أن يحبسها حتى يستوفي ماله، فإذا [افتكَّها] الراهن، سَلّم الدار إلى المشتري على ما ذكرنا في الإجارة، إلا أن هاهنا إذا أجاز المرتهن البيع جاز، ويُسَلِّمُ الدارَ إلى المشتري، والثمن يكون رهناً مكان الدار؛ لأنّ له حق حبس العين ما دامت قائمة، فلذلك ثبت في بدلها(١).

[مَنَافِعُ الحَانُوْتِ عَلَىٰ الأَعْرَافِ]

قال: (**ومن استأجر حانوتاً ولم يسم ما يعمل فيه، فله أن يعمل فيه ما بدا له، إلا أنه ليس / له أن يعمل فيه حداداً، أو قصاراً، أو طحاناً**)(٢)، وكذلك كل ما يوهن البناء ليس له ذلك(٣). [١٩٢-أ]

وكذلك كل شيء استأجره ولم يُبَيِّنْ ذلك، فله أن يعمل فيه جنس ذلك العمل، إلاّ في أشياء معدودة: إذا استأجر دابة للركوب ولم يُبَيِّنْ من يركبها، أو استأجر ثوباً للبس ولم يبين من يلبسه، أو استأجر قِدْراً للطبيخ ولم يبين ما يطبخ فيها، أو استأجر أرضاً للزراعة ولم يبين ما يزرع فيها، فالإجارة في هذا كله فاسدة، وإن اختصما قبل العمل فإن القاضي يفسخ العقد بينهما، وإن استعمله قبل الفسخ يتعين أول راكب وأول لابس، وكذلك إذا طبخ في القدر، أو زرع في الأرض قبل الفسخ، يتعين أول زرع، وجازت الإجارة، ويجب المسمىٰ من الأجر.

ولو استأجر دابة ليركب عليها بنفسه، أو ثوباً ليلبسه بنفسه فألبس غيره، أو أركب

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٤٠٢؛ فتاوىٰ قاضيخان ٣/ ١٩٢، ١٩٣.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٣١.

(٣) ووضح ذلك الجصاص بقوله: (... وهذه الأشياء المضرَّة بالبناء، مستثناة من عقد الإجارة بالعُرف، والمتعارف كالمنطوق به، وفي عادة الناس: أنهم متىٰ أرادوا استئجاراً للقصارة، والطحن، وعَمَل الحديد، بيَّنوه، فصار ذلك مستثنًى، وما عدا ذلك من منافع الحانوت، فغير مختلف فيه؛ فلذلك جازت الإجارة) ٣/ ٤٠٤.

غيره، صار مخالفاً؛ لأن الناس يتفاوتون في ذلك، ويضمن قدر قيمته إذا عطب في ذلك، ولا تجب الأجرة، وإن سَلم لا تجب الأجرة أيضاً، وفي الحانوت ليس له أن يقعد الحَدَّادَ والقَصَّارَ والطَّحَّان، ولو أقعد صار مخالفاً، ويضمن قيمته إذا عطب.

وإن سلم يجب الأجر؛ لأنه لما سلم تبين أنه [لم يخالف](١)، وأن ذلك مما لا يوهن الدار.

[عَقْدُ الإجَارة لِشَهْرٍ أَو لِسَنَةٍ]

قال: (**ومن استأجر داراً من رجل سنة لم تدخل بعد**)(٢)، أو شهراً ما لم يجيء ذلك الشهر أو تلك السنة، لا يؤمر بالتسليم إلى المستأجر، ولو آجر داره من رجل شهراً وهو المحرم، ثم آجرها من رجل آخر صفراً بكذا، والعقد في المُحَرَّم، فله أن يُسَلِّمَهَا إلى الذي آجره منه أولاً المحرم، فإذا انسلخ المحرم يُؤْمَرُ بالتسليم إلى الذي أجر منه في صفر.

وإذا استأجر داراً شهراً فإن كان العقد حصل في غرّة الشهر يقع ذلك على الأهلة، فإذا انسلخ ذلك الشهر انقضت المدة ووجبت الأجرة، ولو كان العقد حصل في نصف الشهر أو بعدما مضت أيام من الشهر، يقع ذلك على ثلاثين يوماً.

ولو استأجر داراً سنة؛ إن كان في غرة الشهر يقع على تلك السنة بالأهلة اثني عشر شهراً، وإن كان العقد في نصف السنة أو بعدما مضت منها أيام، فإنه يقع على تلك السنة كلها ثلاثمائة وستون يوماً عند أبي حنيفة، وعندهما: أحد عشر شهراً بالأهلة، وشهر واحد بالأيام، فيحسب ما بقي من أول الشهر فيكمل من آخر الشهر.

وذكر في كتاب الإجارات قال: رجل استأجر من رجل داراً سنة بعدما مضىٰ

(١) في أ، ج (يجب يخالف)، والمثبت من م.
(٢) هنا في المختصر: (... فالإجارة جائزة) ص١٣١.

من الشهر أربعة عشر يومـًا، قال: يكمل من الشهر الأخير ستة عشر يومـًا. وهذا غلط، والصحيح أن يقال: يكمل من الشهر الأخير أربعة عشر يومـًا، إلا أن يكون قد بقي من الشهر الأول أربعة عشر يومـًا، فحينئذٍ يكمل من الشهر الأخير ستة عشر يومـًا، وهكذا ذكر في بعض الروايات.

[إِجَارَةُ المُشَاعِ وَرَهْنُهُ]

قال: (**ومن استأجر من رجل حصّته من دار وحصته فيها شائعة**)[١].

إجارة المشاع[٢] من شريكه جائزة في قولهم جميعـًا، ومن غير شريكه لا تجوز في قول أبي حنيفة رحمه الله، وفي قولهما: تجوز.

وبيع المشاع جائز من شريكه ومن غير شريكه في قولهم جميعـًا، سواء كان مما يحتمل القسمة أو لا يحتمل.

ورهن المشاع باطل من شريكه ومن غير شريكه، فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتمل عندنا، وعند الشافعي: يجوز[٣].

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٣١. وعبارة الجصاص في متن الطحاوي: (ولا تجوز إجارة المشاع إلا من الشريك في قول أبي حنيفة)، وفي المطبوع بعبارة أخرىٰ، ثم علَّق الجصاص على ذلك: (وسواء ذلك فيما يُقْسَم أو ما لا يقسم؛ وذلك لأن الانتفاع بالمشاع غير ممكن؛ لاستحالة سكنىٰ نصف دارٍ مُشَاع، فلما امتنع استيفاء المنافع على المشاع، لم يصح عقد الإجارة؛ إذ كان من شرائط عقد الإجارة: إمكان التسليم) ٣/ ٤٠٤.

(٢) المشاع في اللغة: هو الشيء المشترك غير المقسوم، أو هو ما يحتوي على حصص شائعة.

وفي مصطلح الفقهاء: هو الملك المتعلق بجزء نسبيّ غير معين من مجموع الشيء، مهما كان ذلك الجزء صغيراً أو كبيراً، والدار المشاع ونحوها مما يملك: (كان مشتركـًا، ثم يقسم، يقال: اشترىٰ حصته على الشيوع). المصباح؛ المعجم الوجيز؛ معجم المصطلحات المالية (شاع).

(٣) قال النووي: (ويصح رهن المشاع). المنهاج (مع مغني المحتاج) ٢/ ١٢٢؛ انظر: المهذب ٣/ ٢٠٥؛ المجموع ١٣/ ٢٠٣.

وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة جائزة، وفيما لا يحتمل القسمة لا تجوز عندنا، وعند الشافعي: تجوز(١).

وقرض المشاع جائز بالإجماع.

[١٩٢-ب] وأما وقف المشاع فأبو حنيفة رحمه الله: لا يرىٰ الوقف المشاع / أو غير المشاع، وعندهما: يجوز الوقف، ثم على قول أبي يوسف: وقف المشاع جائز، وعند محمد: باطل(٢).

[إِيْجَارُ الدَّارِ مِنْ رَجُلَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً]

ولو آجر داره من رجلين صفقة واحدة، فإنه يجوز، وهذا لا يكون مشاعاً بخلاف الهِبَةِ، فإنه إذا وهب داره من رجلين صفقة واحدة، لا يجوز في قول أبي حنيفة، ثم العقد متىٰ حصل في غير المشاع واعترض الشيوع من بعد، فإنه لا يبطل العقد، كما لو استأجر داراً من رجلين ثم مات أحد المُؤَاجِرَيْنِ، لا تنتقض الإجارة في حصة الحي، وإن بقيت مشاعاً.

وكذلك لو آجر داره من رجلين صَحَّتْ الإجارة، ثم إذا مات أحد المُسْتَأْجِرَين، تنتقض الإجارة في حقه، وتبقىٰ في حق الحي [كما كانت] جائزة(٣).

---

(١) انظر: المهذب ٣/ ٦٩٣؛ المجموع ١٥/ ١٠.

(٢) انظر: أحكام الأوقاف، للخصاف، ص٢١ (مكتبة الثقافة الدينية).
فالمسألة (تفريعاً على قول أبي يوسف رحمه الله: إذا وقف أحد الشريكين حصة من أرض، جاز، وإذا اقتسماها بعد ذلك: فما وقع في نصيب الواقف، كان وقفاً، ولا يحتاج إلى إعادة الوقف فيه، وإن وقفه ثانياً كان أحوط؛ لارتفاع الخلاف حينئذٍ)، كما قال الطرابلسي: الإسعاف في أحكام الأوقاف ص٩٥ (المكتبة المكِّيَّة).

(٣) وعبارة المختصر: (ومن استأجر داراً من رجلين إلى مدة معلومة صفقةً واحدةً، فمات أحدهما في مدة الإجارة، فانتقضت الإجارة في حصته ...) ص١٣١. أوردها المصنف في المسألة الثانية مختصرة.

[زَمَنُ اِسْتِحْقَاقِ أَجْرِ الحَمَّال]

قال: (ومن استأجر رجلاً على أن يحمل له شيئًا مسافة معلومة)(١).

هذا لا يخلو: إما أن يستأجره ليحمل إلى موضع بعينه، أو استأجره ليحمل له شيئًا بعينه، أما إذا استأجره ليحمله إلى موضع كذا، فحمله إلى بعض الطريق ثم طالبه بالأجرة مقدار ما حمله، فله ذلك، ولكنه يجبر على أن يحمل إلى المكان الذي شرط، فإذا حمل استوفىٰ جميع الأجرة(٢).

ولو استأجره ليحمل له حمولة من مكان إلى مكان، فحمل بعضه وطلب حصته من الأجر، ذكر الطحاوي أنه ليس له ذلك ما لم يحمل الباقي(٣).

ولا فرق بينهما في ظاهر الرواية في كلا الموضعين: له أن يطالب بمقدار ما حمل من الأجر، ويجبر على حمل الباقي، ويعطىٰ الباقي من الأجر.

وكان أبو حنيفة يقول أولاً: لا يستحق الأجر ما لم يفرغ من العمل، وكذلك الحَمَّال ما لم يحمل إلى المكان الذي شرط، وكذلك المكاري، إلاّ أنه رجع عن ذلك وقال: إنه يجب الأجرة ساعة فساعة، يوماً فيوماً، بقدر ما استوفىٰ من العمل بعد أن كان كذلك المقدار أجرة معلومة(٤).

---

(١) مختصر الطحاوي ص ١٣١.

(٢) انظر: المصدر السابق نفسه.

(٣) حيث قال: (فليس عليه أن يعطيه شيئاً من الأجرة، حتى يستوفي منه الحمولة كلها)، ص ١٣١.

(٤) ووَضَّحَ ذلك الجصاص بقوله: (... ولأن المشهور من قولهم: إنه يستحق الأجرة بمقدار ما سار)، ثم بين حكم هلاك الحمولة، وقال: (وإن هلكت الحُمُولة بعد الحَمْل من غير عمل الأجير، كان له الأجر كاملاً في قول أبي حنيفة، ولا ضمان عليه، وفي قول أبي يوسف ومحمد: يضمِّنُهُ قيمته في الموضع الذي ضاعت فيه، ويعطيه الأجر؛ لأنهما يريان ضمان الأجير المشترك.
وهو قولهم في سائر ما ليس للأجير حبسه: وهو الملاّح، والجمَّال، والحَمَّال، وكل مَن لم يكن لعمله أثرٌ قائمٌ في المعمول) ٣/ ٤٠٧.

[الاسْتِئْجَارُ عَلَىٰ حَفْرِ بِئْرٍ]

قال: (ومن استأجر رجلاً على حفر بئر في مكان أراه، ووصفه له [سعتها][١]، وذكر [له] عمقها بأجرة معلومة)[٢]، فإنه يجوز، ولو حفر بعضها فوجدها شديدة، أو خرج حجراً لم يمكنه العمل فيها، فإنه لا يجبر على حفر البئر، ولو وجدها رخوة من حيث يخاف التلف لا يجبر أيضاً، ولو حفر بعضها فأراد أن يأخذ الأجر بحصة ذلك، فإنه ينظر: إن كانت البئر في يد المستأجر، فله أن يطالبه بقدره من الأجر، ويجبر على حفر الباقي، وما حفر منها يصير مُسَلَّماً إلى صاحبها، حتى أنه لو انهار بعد ذلك، أو رجع[٣] الماء والتراب وسواها من الأرض، لا يسقط من أجرته شيء، وبمثله لو كانت الأجرة وقعت على حفر البئر في ملك الغير، فليس للحافر طلب الأجرة ما لم يفرغ من الحفر ويُسَلِّمُه إليه، حتى أنه لو انهار البئر، أو دخلها السيل، أو الريح فيها التراب وسواها مع الأرض، فإنه لا تجب الأجرة؛ لأنه لم يوجد التسليم، [وفي الفصل الأول: وجد التسليم][٤].

[الاسْتِئْجَارُ لِضَرْبِ اللَّبِنِ]

ولو أن رجلاً استأجر إنساناً ليضرب له اللَّبِن، فإنه ينظر: إن ضرب ذلك في ملك المستأجر، فما لم يقومه لا يجب الأجر عند أبي حنيفة، وعندهما: ما لم يَشرجه[٥] لا يجب الأجر، حتى أنه لو هلك قبل أن يقومه لا تجب الأجرة عنده، وعندهما: إذا هلك قبل أن يشرجه لا تجب الأجرة، ولو كان ذلك في ملك الغير، فما لم يسلم اللبن

---

(١) في أ (تبعتها)، وفي المختصر المطبوع (سَقَبَها)، والمثبت من م، ومتن شرح المختصر ٣/ ٤١٠.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٣٢.

(٣) في م (أو وقع فيها الماء).

(٤) انظر: شرح المختصر ٣/ ٤١١.

(٥) (وتشريج اللَّبِن: تنضيده، وضمّ بعضه إلى بعض). المغرب (شرج).

إلى المستأجر لا يستحق الأجر، والتسليم: هو أن يخلي بين المستأجر وبين اللبن، ولكن في أي وقت يصح التسليم: فعند أبي حنيفة: إذا قَوَّمَهُ وسَلَّمَ صَحّ التسليم، وعندهما: ما لم يشرجه لا يصح التسليم.

[إذا استأجر رجلاً على عبده ليحجمه، أو على دابّته ببزغها، ففعل ذلك، لا ضمان عليه؛ لأن أصل العمل كان مأذونًا فيه، فما تولد منه، لا يكون مضمونًا عليه، إلا إذا تَعَدَّىٰ، فحينئذٍ يضمن، وكذلك إذا كان في يده آكِلَةٌ[١]، فاستأجر رجلاً ليقطع يده، فقطع، فمات، لا ضمان عليه، كما ذكرنا][٢].

[الاِسْتِئْجَارُ عَلىٰ شَرْطٍ]

[قال: وإذا دفع إلى خياط ثوبًا، فقال: إنْ خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غدًا فلك نصف درهم: عند أبي حنيفة: الشرط الأول جائز، والثاني فاسد: فإن خاطه في اليوم الأول، فله المسمَّىٰ، وإن خاطه في اليوم الثاني، فله أجر المثل، ولا يتجاوز به درهم، ولا ينقص عن نصف درهم، وإن خاط نصفه في اليوم، ونصفه في الغد، فلأجل خياطته في اليوم الأول، يكون له نصف المسمَّىٰ، ولأجل خياطته في الغد، له أجر مثله، لا يزاد على درهم، ولا ينقص عن نصف درهم.

وعند أبي يوسف ومحمد: الشرطان جائزان: إن خاطه في اليوم الأول، فله درهم، وإن خاطه في الغد، فله نصف درهم.

ولو قال له: إن خطته فارِسيًّا فلك كذا، وإن خطته رُوْمِيًّا، فلك كذا، فالشرطان جميعًا جائزان، وكذلك هذا الاختلاف فيما إذا تزوّج امرأة على ألف درهم إن لم

(١) الآكِلَةُ والأَكِلَة: الحِكَّةُ، والجَرْب. كما في المعجم الوسيط (أكل)

(٢) ما بين المعقوفتين مزيدة من م، وساقطة من أ، ج.

يكن له امرأة أخرىٰ، أو على ألفي درهم إن كانت، فعنده: الشرط الأول جائز، ولها ألف درهم.

والله سبحانه وتعالىٰ اعلم بالصواب][1].

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من م، وساقطة من أ، ج.
والمسألتان (مسألة ضرب اللبن، ومسألة الخياط)، لم أجدهما في المتن، فلعلهما سقطتا من الأصول في البعض، أو هو اختلاف الرواية.

كِتَابُ المُزَارَعَةِ[1]

[١٩٣-أ] / قال رضي الله تعالىٰ عنه: قد ذكرنا الاختلاف في المزارعة والمعاملة في كتاب المساقاة.

ثم المعاملة لا تكون إلا استئجار الشخص ببعض الخارج من الأشجار والكروم ونحوها، والمزارعة قد تكون استئجار الشخص ببعض الخارج، وقد تكون استئجار الأرض ببعض الخارج على ما [نبيّنه إن شاء الله تعالىٰ].

ثم الحِيْلَة لأبي حنيفة رحمه الله في جواز المعاملة والمزارعة: أن يستأجر العامِلَ بأجرة معلومة إلى مدة معلومة، فإذا انقضت تلك المدة يستوجب الأجرة، سواء حصل هناك خارج أو لم يحصل، ثم يتراضيان على بعض الخارج مكان الأجرة، فيجوز ذلك، فكذلك هذا في المزارعة.

[اِسْتِئْجَارُ الأَرْضِ لِلزَّرْعِ]

قال: (**وما جاز أن تستأجر به المنازل والعبيد، وما سِوَىٰ ذلك مما يجوز عقد الإجارات عليه من دراهم أو دنانير، أو مكيل، أو موزون، أو معدود، جاز استئجار الأرض به للزرع**)[2]، وقد ذكرناه في كتاب الإجارات.

---

(١) (المزارعة في اللغة: مفاعلة من الزرع.
وفي الشرع: عبارة عن العقد على الزرع ببعض الخارج من ذلك الزرع). الجوهرة ص ٤٧٧.

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٣٢. (وذلك لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (من استأجر أجيراً، فليُعْلِمْه أجره)، ويقتضي عمومُه: جواز الإجارة بأجر معلوم في الأرضين وغيرها)، =

ولو أراد أحدهما أن يفسخ ذلك العقد قبل العمل، فلا يجوز إلاّ من عذر، والعذر من قِبَلِ صاحب الأرض: أن يلحقه دين فادح لا وفاء له إلا من ثمن هذه الأرض، فحينئذٍ يفسخ [إلاّ] إذا كان قبل الزراعة، فإن زرعها المستأجر عنده لا يفسخ، ولكن يخلىٰ سبيل المؤاجر حتى يخرج من السجن إلى أن يدرك الزرع، فإذا أدرك الزرع فحينئذٍ يحبس حتى يبيع الأرض ويؤدي دينه.

والعذر من قِبَلِ المستأجِر: أن يترك الزراعة، أو يعرض، أو يمنعه مانع عن ذلك العمل، على ما ذكرنا في كتاب الإجارات.

[مُدَّةُ اِسْتِئْجَار الأَرْضِ للزَّرْعِ]

قال: (**ولا بأس باستئجار الأرض للزرع إلى طويل المدة وقصيرها، بعد أن تكون معلومة**)[١]: كما إذا استأجرها إلى عشر سنين أو أكثر من ذلك، ولا يحتاج في كل سنة إلى تجديد العقد، كما إذا استأجر أرضاً هي ملك المؤاجر، فإنه يجوز، رخّص ذلك بعد أجر مثلها أو غلا.

وأما إذا كانت الأرض أرض وقف، استأجرها من المتولي إلى طويل المدة، فإنه ينظر: إن كان السعر بحاله لم يزدد ولم ينتقص، كما كان وقت العقد، فإنه يجوز، وإن غلا أجر مثلها فإنه يفسخ ذلك العقد، ويحتاج إلى تجديد العقد، (ويحدد أن العقد على ما ازداد ثانياً)[٢].

= كما ذكر الجصاص في الشرح ٣/ ٤١٣.

(١) مختصر الطحاوي ص ١٣٢. وذلك لحديث سعد بن أبي وقاص: (كنا نكري الأرض على عهد رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، بما على السَّواقي من الزرع ...، ورخَّصَ لنا أن نكريَها بالذهب والوَرِق)، قال الجصاص: (ولم يفرِّق فيه بين الطويل المدة والقصيرها، وكما جازت إجارة سائر العقار بطويل المدة وقصيرها) ٣/ ٤١٤.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م، ج.

وكذلك إذا استأجرها بأجرة معلومة إلى سنة، فلما مضىٰ نصف السنة [غلا سعرها] وازداد أجر مثلها، فإنه يفسخ ذلك العقد، وفيما مضىٰ يجب المسمىٰ بقدره، وبعد ذلك يحدد العقد ثانيًا على أجرة معلومة.

وإن كانت الأرض بحالها لا يمكن فسخه نحو: ما إذا كان فيها زرع لم يحصد بعد، فلا يمكن فسخ العقد، ولكن إلى وقت الزيادة يجب المسمىٰ بقدره، بعد الزيادة إلى تمام السنة يجب أجر مثلها، وأما إذا انتقصت من أجرتها، يعني: رخصت أجرتها، فإن الإجارة لا تنفسخ؛ لأن المستأجر قد رضي بذلك.

وزيادة الأجرة إنما تعتبر إذا زاد عند الكل، وأما إذا زاد واحد في أجرتها تعنّتًا للمستأجر الأول، فلا يعتبر ذلك، وكذلك حكم الحانوت والطاحونة ما كان وقفًا[١].

[اِسْتِئْجَارُ الأَرْضِ لِلَّزْرعِ قَبْلَ رَيِّهَا]

قال: (**ولا بأس باستئجارها للزرع قبل رَيِّهَا**[٢] **بعد أن تكون معتادة للري في مثل هذه المدة التي تُعْقَد الإجارة عليها**)[٣]، نحو: ما إذا استأجر أرضا ليزرعها، ووقت العقد لم تكن الأرض مما يمكن الزراعة فيها، فإن كانت مما يمكن أن يزرع فيها بعد العقد في المدة، كما إذا لم يكن في النهر ماء وقت العقد، ولا يمكنه الزراعة من غير الماء، [ثُمّ] أتاها الماء بعد ذلك، أو كان في الشتاء، ولا يمكنه / [١٩٣-ب]

---

(١) انظر المسألة: فتاوى قاضيخان ٣/ ٣٣٤؛ حاشية ابن عابدين ١٣/ ٥٦١ (ط دار الثقافة)؛ الإسعاف في أحكام الأوقاف ص١٩٤، ١٩٧.

(٢) الرَّي -بفتح الراء وكسرها-: من رَوَىٰ على البعير رَيًّا: استقىٰ، وروىٰ لهم استقىٰ لهم الماء، وروىٰ الزرع: سقاه. انظر: المعجم الوسيط (رَوَىٰ).

(٣) مختصر الطحاوي ص١٣٢، ١٣٣. ولخَّص الجصاص ذلك بقوله: (إذا كانت مما يمكن تسليمها للمنافع، جاز عقد الإجارة عليها، كالمبيعات إذا أمكن تسليمها، جاز عقد البيع عليها) ٣/ ٤١٥.

الزراعة والانتفاع ما لم يمض الشتاء، ثم ينتفع في المدة بعد ذلك، فإنه يجوز، وأما إذا كانت الأرض بحال لا ينتفع بها في الأصل، كما إذا كانت الأرض سَبِخَةً[١] أو تربة، فإن الإجارة فاسدة.

وإن جاء من الماء مقدار ما يزرع به بعضها ولا يزرع به بقيتها، فإن المستأجر بالخيار: إن شاء نقض الإجارة كلها، وإن شاء لم ينقضها، وكان له من الأجر بحساب ما رَوِيَ منها بالماء[٢].

[المُزَارَعَةُ بِجُزْءٍ مِمَّا تُخْرِجُ الأَرْضُ]

قال: (**ولا بأس بالمزارعة على جزء من أجزاء ما تخرج من الأرض في قول أبي يوسف ومحمد، ولا يجوز ذلك في قول أبي حنيفة**)[٣]، وإذا لم يجز عنده كان الخارج كله لصاحب البذر، وإن كانت البذر من قِبَلِ رَبِّ الأرض، فالخارج كله له، ويطيب له ولا يتصدق [بشيء]؛ لأن ذلك كله بما ملكه، ويجب عليه أجر مثل المزارع.

وإن كان البذر من قِبَلِ المزارع فالخارج كله له، ويجب عليه أجر مثل الأرض لصاحب الأرض؛ لأنه استعمل الأرض بعقد فاسد، فما كان من الخارج من البذور والمؤونة تطيب له، وما فضل من ذلك يتصدق به، وأما على قول أبي يوسف ومحمد: فإنه يجوز الاستئجار ببعض الخارج بعد أن يكون معلومـًا شائعـًا في الجملة، فإن [حصل][٤] من الخارج شيء يكون بينهما على الشرط، وإن لم يحصل من الخارج شيء، فلا شيء على رب الأرض ولا على المزارع.

---

(١) السَّبِخَة: (من سبخت الأرض سَبَخًا: كانت ذات نَزّ وملح، فهي سَبِخَة). المعجم الوسيط (سبخ).

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١٣٣؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٤١٤، ٤١٥.

(٣) مختصر الطحاوي ص١٣٣. انظر المسألة مع أدلتها في شرح الجصاص، وقد أطال الحديث في الموضوع، وذكر أدلة الطرفين، ٣/ ٤١٦ - ٤٣٤.

(٤) في أ، ج (فضل) والمثبت من م، والسياق يدل عليه.

وعقد المزارعة قد يكون استئجار الشخص ببعض الخارج، كما إذا كان البذر من قبل رب الأرض، وقد يكون استئجار الأرض ببعض الخارج كما إذا كان البذر من قبل المزارع.

فإذا عقدا عقد المزارعة ثم أراد أحدهما أن يفسخه، فإنه ينظر: إن أراد صاحب الأرض أن يفسخ ذلك قَبْلَ المزارعة، فله ذلك وإن كان من غير عذر؛ لأن إلقاء البذر في الأرض استهلاك عين ملكه، فله أن لا يرضىٰ بذلك.

وإن أراد الآخر أن يفسخ، فليس(١) له ذلك إلا من عذر، والعذر ما ذكرناه(٢).

[أَنْوَاعُ الْمُزَارَعَةِ]

ثم المزارعة على أربعة أوجه(٣):

في ثلاثة منها تجوز، وفي وجه واحد لا تجوز.

أما الثلاثة التي تجوز: فأحدها: أن تكون الأرض، والبذر، والبقر، والآلة كلها من صاحب الأرض، ولا يكون من الأجير إلا العمل فإنه تجوز، ويكون هذا مستأجراً للشخص(٤) ببعض الخارج.

والثاني: أن يشترط البذر والبقر والآلة كلها من قِبلِ المزارع، فهذا أيضاً تجوز ولا يكون من صاحب الأرض إلا الأرض، فيكون مستأجراً للأرض ببعض الخارج، والبقر والآلة تصلح أن تكون تبعاً للشخص.

---

(١) العبارة في م (وإن أراد المزارع أن يفسخ، يكون له ذلك عند العذر)، والغرض من العبارتين واحد.

(٢) انظر: خزانة الفقه ص٢٥٠.

(٣) هذا من قول محمد بن الحسن، كما نص الطحاوي: (قال محمد ...).

(٤) في م (استئجار الشخص).

والثالث: أن يكون البذر من قبل صاحب الأرض، والبقر من قبل المزارع، فهذا أيضاً يجوز، ويصير صاحب الأرض مستأجراً للشخص ببعض الخارج(١).

وأما الوجه الرابع الذي لا تجوز: فهو أنه إذا شرط البذر على العامل، والبقر والآلة على رب الأرض، فهذا لا يجوز(٢)؛ لأن البقر والآلة [لا](٣) يصلحان أن يكونا تبعاً للأرض، ويصلحان تبعاً للشخص، وروي عن أبي يوسف أنه قال: تجوز(٤).

[الشُّرُوْطُ المُفْسِدَةُ لِلْمُزَارَعَةِ]

ولو شرط المزارع على رب الأرض العمل، فالمزارعة فاسدة؛ لأنه لم توجد التخلية، ويصير كاشتراط البقر عليه.

ولو دفع البذر مزارعة ليزرعه المزارع في أرضه من جهة المالك أو من جهة الإجارة، أو من جهة العارية، أو بوجه من الوجوه، على أن الخارج بينهما، فإنه لا تجوز(٥).

وروي عن أبي يوسف: أنه تجوز لتعامل الناس [بذلك]، والحيلة في ذلك:

---

(١) هنا في م زيادة (والبقر والآلة تصلح أن تكون تبعاً للشخص)، وقد سبق ذكرها في الوجه الثاني في المطبوعة هنا: (فالمزارعة في كل واحد من هذه الثلاثة الأوجه، جائزة ببعض ما تخرج الأرض) ص١٣٣.

(٢) ونقل أبو الليث عن محمد بن الحسن، الأوجه الأربعة في المزارعة. خزانة الفقه ص ٢٤٩.

(٣) الزيادة من م، وعبارات المسألة تدل عليها.

(٤) ولم يذكر الطحاوي ولا الجصاص رواية أبي يوسف.

(٥) (وإذا فسدت المزارعة، فالخارج لصاحب الأرض إن كان البذر من قبل صاحب الأرض، وللعامل أجر مثله، لا يزيد على مقدار ما شرطه من الخارج في قول أبي يوسف، وقال محمد: له أجر مثله بالغاً ما بلغ.
وإن كان البذر من قبل العامل، فلصاحب الأرض أجر مثلها -يعني: مثل الأرض- بالغاً ما بلغ، والخارج للعامل). خزانة الفقه ص٢٥٠.

أن يأخذ أرضه مزارعة، ثم يستعين بصاحب الأرض ليعمل له، فيجوز ذلك، وما حصل يكون بينهما على الشرط.

وإذا اشترط رب الأرض على المزارع ما تبقىٰ منفعته / بعد المدة، فإنه يوجب [١٩٤-أ] إفساد المزارعة، كما إذا اشترط على المزارع كِرَى[١] الأنهار، وإلقاء السرقين، وبناء الحائط [والكُوَّات][٢]، وغير ذلك مما تبقىٰ منفعته بعد المدة، وقال بعضهم: شرط الكِرَابِ[٣] لا يفسد المزارعة، إلا أنه لو كرب مراراً، فإنه بسقي واحد يبطل ذلك كله، فلا منفعة إلى ما بعد المدة، ولو بقيت لوجب الفساد[٤].

[اِشْتِرَاطُ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنَ السَّقْيِ وَالحِفْظِ]

ولو شرط عليه ما تحتاج إليه من السقي والحفظ وغيرهما، فإن ذلك لا يبطل المزارعة، كذلك ما تحتاج إليه في حَدِّ النماء قبل أن يبلغ الحصاد.

ولو شرط عليه من التحصيل بعد الإدراك وبعد ما خرج من حد النماء نحو: الحَصَاد، والتَّذْرِيَة[٥]، وقطف العنب، وجذاذ الثمر ونحوه، فإن ذلك عليهما جميعاً، وإذا شرط ذلك على المزارع فسدت المزارعة[٦]، وروي عن أبي يوسف: أنها لا تفسد لتعامل الناس [فيه]، وإذا فسدت المزارعة، فالحكم فيها ما ذكرنا قبل هذا.

---

(١) كِرَىٰ، من كَرَىٰ النهر كَرْيًا: حفر فيه حفرة جديدة)، المعجم الوسيط (كرىٰ).
(٢) (الكُوَّة -بالضم والتشديد-: النافذة الصغيرة في الحائط)، معجم لغة الفقهاء (كوة).
(٣) (الكِرَابُ: مجاري الماء في الوادي، واحدتها: كَرْبة)، المعجم الوسيط (كرب).
(٤) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ٣/ ٢٢، ٢٣.
(٥) والتَذْرِيَة من (ذَرَّيْتُ الطعام تَذْرِيَةً: إذا خلصتُهُ من تِبْنِه)، المصباح (ذرت).
(٦) وقد أجمل أبو الليث ما تفسد به المزارعة من الشروط التي تشترط على العامل -مع ذكر بعض ما ذكره المؤلف- بقوله: (أحد عشر شيئاً إذا شرط على العامل، تفسد المزارعة: الحصاد، والدياس، والتسفيه، والرفاع، والحمل، والتذرية، والشيار، وكري الأنهار، وإصلاح المسناة، وسقي الأرض، وعمارتها). خزانة الفقه ص٢٥٠، ٢٥١.

[العُشْرُ فِي إِجَارَةِ الأَرَاضِي العُشْرِيَّةِ]

قال: (**وإذا استأجر الرجل أرضًا سنة واحدة بأجرة معلومة على أن يزرعها، وهي أرض العشر فزرعها، فإن على قول أبي حنيفة: عُشْر ما أخرجت على رب الأرض، وفي قولهما: العُشْر في الخارج**)(١)، وقد ذكرنا جملة هذا في كتاب الزكاة.

[قَدْرُ الأُجْرَةِ فِي الإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ]

قال: (**ومَن استأجر أرضًا إجارة فاسدة، فاستعملها ثم خوصم فيها، كان عليه لصاحبها الأقل من المسمىٰ، وأجر مثلها**)(٢).

والأجرة لا تجب في الإجارة الفاسدة بالتخلية، وإنما تجب بحقيقة الانتفاع، بخلاف الإجارة الجائزة، فإذا انتفع بها، يجب الأقل (من المسمىٰ ومن أجر المثل)(٣).

وهذا كما يقول في النكاح الفاسد: إن المهر لا يجب على الزوج بالخلوة، وكذلك لو مَسَّهَا لشهوة، أو قَبَّلَها، أو وَطِئَها في الدُّبُر، وإنما يجب إذا جامعها في القبل، ويجب الأقل من مهر مثلها ومن المسمىٰ إن كان هناك مسمىٰ، وإن لم يسم لها مهراً، فلها مهر مثلها بالغًا ما بلغ.

---

(١) وفي المختصر: (.. عشر ما أخرجت فيما أخرجت) ص١٣٣؛ وقال الجصاص: (وجه قول أبي حنيفة: أنّ وجوب العشر متعلق بمنفعة الأرض، وقد حصلت للمؤجر، حيث استحق بَدَلها، فصار كأنّ الخارج قد حصل له، فمَلَكَه غيره، فالعشر عليه.

ويدل عليه: اتفاق الجميع على أن الخراج على رب الأرض، فكذلك العُشْرُ.

وجه قولهما: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (فيما سقت السماء العشر)، فأوجبه في نفس الخارج). شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٤٣٧.

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٣٣.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من م.

وكذلك في الإجارة الفاسدة: يجب الأقل إن سمىٰ له أجراً، وإن لم يسم له أجراً، فيجب أجر المثل بالغـًا ما بلغ.

وأما في البيع الفاسد، فإنه تعتبر القيمة ولا يعتبر المسمىٰ من الثمن(١)، وفي الكتابة الفاسدة يعتبر الأكثر من المسمىٰ ومن القيمة، أيهما كان أكثر يجب ذلك.

[اشْتِرَاطُ الحَبِّ والتِّبْنِ فِي المُزَارَعَةِ]

قال: (**ومن دفع أرضه مزارعة على وجه من الأوجه الثلاثة التي ذكرنا جواز المزارعة عليها في قول أبي يوسف ومحمد، فزرعها فخرج من زرعها شيء**)، فهذا لا يخلو: إما أن يشترطا الحَبَّ بينهما والتِّبْن بينهما، أو لم يشترطا، أو سكتا عنهما جميعـًا، أو شرطا الحب وسكتا عن ذكر التِّبْن، أو شرطا التِّبْن وسكتا عن ذكر الحب(٢):

أما إذا شرطا الحَبِّ والتِّبنِ بينهما [جاز، ويقسم الكل بينهما على ما شرطا]، فإن لكل واحد [منهما] ما شرط له، ولو سكتا عن ذكر الحب والتبن بينهما، فسدت المزارعة، وقد ذكرنا حكم المزارعة الفاسدة.

ولو شرطا الحَبَّ بينهما وسكتا عن ذكر التبن، فالمزارعة جائزة، والتبن لصاحب البذر؛ لأن صاحب البذر يستحق ببذره، ولا يحتاج إلى الشرط، وروي

---

(١) (والأصل في اعتبار قيمة المنافع، عند فساد العقد على الوجه الذي ذكرنا: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (أيما امرأة نُكِحَتْ بغير إذن مواليها، فنكاحها باطل، فإن دخل بها، فلها مهر مثلها بما استحل من فرجها، لا وَكْس ولا شَطَط) [أبو داود (٢٠٨٥)؛ والترمذي (١١٠٢)؛ وابن ماجه (١٨٧٩)؛ ومسند أحمد ٦/ ٤٧؛ وصححه الحاكم في المستدرك ٢/ ١٦٨؛ وموارد الظمآن ص٣٠٥؛ انظر: نصب الراية ٣/ ١٨٤]، وهذا عندنا في الأمة تتزوج بغير إذن مولاها، فصار ذلك أصلاً في سائر العقود على المنافع إذا فسدت، في وجوب اعتبار قيمتها ...) ٣/ ٤٣٨، ٤٣٩.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١٣٤.

عن أبي يوسف: أن المزارعة فاسدة؛ لأن التبن مقصود كما أن الحَبَّ مقصود.

ولو سكتا عن ذكر الحب والتبن كذلك تفسد، وروىٰ الطحاوي عن محمد: الرجوع إلى قول أبي يوسف[١].

[ولو شرطا التِّبن بينهما، وسكتا عن ذكر الحَبِّ، ففسدت المزارعة بالإجماع].

ولو شرطا الحب بينهما والتبن لأحدهما، ينظر: إن شرطا لصاحب البذر جاز والتبن له؛ لأنه يستحقه من غير شرط، والشرط لا يزيده إلا تأكيداً، ولو شرطا التبن لمن ليس له بذر، فالمزارعة فاسدة.

ولو شرطا التبن بينهما والحب لأحدهما، فإنه تفسد المزارعة في قولهم جميعاً، ويصير كما إذا لم يشترطا الخارج بينهما[٢].

[فَسَادُ إِجَارةُ الأَرْضِ بالجَهَالَةِ]

[١٩٤-ب] قال: (**وإذا استأجر رجل أرضاً ليزرع فيها، ولم يسم ما يزرع، فالمزارعة / فاسدة**)[٣]؛ لأن الأرض مما يختلف باختلاف الزرع: فَرُبَّ زرع ينقص الأرض نقصاناً كثيراً، ورُبَّ زرع ينقصها نقصاناً قليلاً، ورب زرع يزيد في الأرض، فلا يجوز ما لم يُبَيِّن، فإن اختصما قبل الزراعة، فإن لكل واحد منهما فسخ الإجارة.

---

(١) انظر: المصدر السابق نفسه. (وجه قول أبي يوسف: هو أنه جَعَله بمنزلة صِنْفَين من البذر، تُعقد المزارعة عليهما، ولا يجوز إسقاط الشركة فيه.

ولأن التبن لمَّا كان خارجاً بزراعته: صار كالشجر والنخل إذا دفعها إليه، وشرط عليه غراسها، فلا يجوز إلّا أن يشترط الشركة في نفس الشجر والثمر جميعاً، كذلك حكم الحب والتبن). شرح المختصر ٣/ ٤٤٠.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٤٣٩.

(٣) مختصر الطحاوي ص١٣٤.

ولو زرع المستأجر فيها شيئًا قبل الفسخ، تعين ذلك للعقد، وللمؤاجر المسمىٰ من الأجر.

وكذلك لو استأجر دابة ولم يسم ما يحمل عليها، أو استأجر ثيابًا ولم يبين مَنْ يلبسها، أو استأجر قِدْراً ولم يبين ما يطبخ فيها، وقد ذكرناها في كتاب الإجارات(١).

[إِيْجَارُ الأَرْضِ بِشَرْطِ زِرَاعَةٍ مُعَيَّنَةٍ أَوْ مُطْلَقًا]

ولو أن رجلاً آجر أرضه من آخر بدراهم أو دنانير إلى مدة معلومة، وشرط عليه أن يزرع فيها كذا كذا من حنطة، أو الشعير، فالعقد جائز.

ولو زرع فيها بخلاف ما شرط، فإنه ينظر: إن كانت مضرته مثل مضرة ما اشترطا أو دونها، فإنه يجوز ولا يكون مخالفًا، وإن كانت مضرته أكثر من مضرة ما اشترطا، فإنه يصير مخالفًا غاصبًا للأرض، وينفسخ العقد، وللمؤاجر أن يمنع أرضه منه، فإذا مضت المدة وأدرك الزرع يكون للمستأجر ولا يجب عليه الأجر، (ويجب عليه)(٢) نقصان الأرض.

وبمثله لو آجر أرضه ببعض الخارج، كما إذا دفع أرضه مزارعة على أن البذر من قبل العامل، على أن الخارج بينهما، وشرط عليه أن يزرع فيها شيئًا معلومًا فزرع غيره، فإنه يصير مخالفًا، سواء كان أكثر ضرراً أو أقل ضرراً منه، بخلاف ما إذا آجر أرضه بدراهم(٣).

والفرق بينهما: أن الأجرة هاهنا بعض الخارج، والخارج يختلف باختلاف الزرع، فإذا شرط الحنطة فقد رضي بأن تكون أجرتها الحنطة، فإذا زرع الشعير

(١) انظر: الشرح ٣/ ٤٤٠.

(٢) في م (ويعزم نقصان الأرض).

(٣) انظر: خزانة الفقه ص٢٥٠.

صار مخالفاً، وليس كذلك الأول؛ لأن هناك الأجرة دراهم في الأحوال كلها، فلو بطل العقد إنما يبطل للمضرة، فإن كان ما زرع فيها يكون في المضرة مثله أو دونه، فلم يوجد الخلاف، وإن كان أكثر فيكون مخالفاً.

ولو آجر أرضه من رجل ليزرع فيها ما أراد من الزرع، فله أن يزرع فيها ما شاء، وليس له أن يغرس فيها، ولو غرس يصير مخالفاً عاصياً.

وللمستأجر أن يقلع أغراسه التي غرس فيها، إلاّ إذا كان في قعلها مضرة بالأرض، فحينئذٍ يتركها بالقيمة.

ولو أن رجلاً دفع أرضه معاملة مدة معلومة، على أن يغرس العامل فيها أغراساً، وما تحصَّل من الثمار والأغراس يكون بينهما، فهذا يجوز، وتكون الأغراس والثمار بينهما.

ولو شرطا الثمار بينهما ولم يشرطا الأغراس، فإن الأغراس بمنزلة التبن، والثمار بمنزلة الحَبّ، فما عرفت من الجواب في الزرع، فهو جوابك هاهنا.

ولو دفع أرضاً معاملة والأرض مغروسة، على أن تكون الثمار بينهما، فإنه يجوز، ولو شرطا الثمار بينهما، والغرس بينهما، فإنه لا يجوز هاهنا؛ لأنه لما جعل له بعض الأغراس، والأغراس موجودة، فيكون العامل فيه شريكاً، فبعد ذلك يكون مستعملاً إيّاه في شيء وهو شريك فيه، فلا يجوز ذلك[١].

[والله سبحانه وتعالىٰ أعلم بالصواب].

---

(١) انظر: شرح المختصر ٣/ ٤٤٠، ٤٤١؛ فتاوىٰ قاضيخان ٣/ ٤١، ٤٢.

كِتَابُ أَحْكَام الأَرْضِ المَوَاتِ[1]

الأصل في هذا: أن من ملك شيئًا إما مسلم أو ذمي بأيّ سبب ملك، فإنه لا يزول ملكه عنه بالترك، كما إذا ملك داراً أو أرضًا، ثم خربها ومضت عليها السنون والقرون، فهي على مِلْكِ مالكها [الأول]، ولا تكون تلك الأرض أرض مَوَاتٍ[2].

وأرض الموات: هي التي لم تكن ملكًا لأحد، ولم تكن من مرافق البلدة، وكانت خارج البلدة قربت من البلدة أو بعدت، حتى إن بحراً قريبًا من البلدة / [١٩٥-أ]
[جزر ماؤه]، أو أَكَمَةٌ عظيمة لم يكن ملكًا لأحد، كان ذلك أرض موات في ظاهر الرواية، وقال الطحاوي: (ما قرب من العامر [فليس بموات)[3]، وهذا غير ظاهر

---

(١) عَنْون القدوري وغيره بـ: (كتاب إحياء الموات).

الإحياء في اللغة يعني: جعل الشيء حيًّا، والموات: الأرض التي خلت من العمارة والسكان).

وفي الجوهرة: (أرض الموات: هي التي لم تكن مِلْكًا لأحد، ولم تكن من مرافق البلد، وكانت خارج البلد، قربت من البلد أو بعدت). كما ذكر المؤلف.

(والمراد بمصطلح إحياء الموات عند الفقهاء: عمارة الأرض الخربة التي لا مالك لها، ولا ينتفع بها أحد.

ومقصودهم بعمارتها: التسبب للحياة النامية فيها: ببناء، أو غرس، أوحراثة، أو سقي، ونحو ذلك)، معجم المصطلحات الاقتصادية ص٤١.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١٣٤.

(٣) المصدر السابق نفسه؛ (وذلك لأنه فِنَاءٌ للعامر ومن مَرافقه، ففيه حقّ مالك العامر، وما كان فيه حق الغير، فليس بَمَواتٍ)، كما في شرح المختصر ٣/ ٤٤٢.

الرواية، وروي عن أبي يوسف: أن الموات: هي البقعة التي إذا وقف الرجل على أدناها من العامر، فنادىٰ بأعلىٰ صوته، لم يسمعه من في أقرب العامر إليه][١].

[إِحْيَاءُ المَوَاتِ بِإِذْنِ الإِمَامِ]

ثم إذا أحيا أرضاً ميتة إن كان بإذن الإمام مَلَكَهَا بالإجماع، ولم يكن لغيره فيها حق، وإن كان بغير إذن الإمام قال أبو حنيفة رضي الله تعالىٰ عنه: لا يملكها[٢]، وقالا: يملكها بإذن الإمام [وبغير إذنه][٣].

وروي عن رسول الله ﷺ أنه قال: (**من أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق**)[٤] -حتى روي هذا بروايتين، في رواية بالإضافة، وتأويله عندنا: أنه إذا زرع في أرض رجل بغير إذنه، فالظالم هو الزارع[٥]، وفي رواية بالنعت والصفة، وتأويله: أن عروق أشجاره إذا نبتت في أرض رجل، فالظالم هو العروق، ففي اللفظين جميعاً لصاحبه قلعه.

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٣٤.

(٢) (لأبي حنيفة: ما روىٰ معاذ عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (ليس للمرء إلّا ما طابت به نفس إمامه) [رواه الطبراني في الكبير والأوسط، وفيه عمرو بن واقد، وهو متروك، كما في مجمع الزوائد ٥/ ٣٣١؛ وذكره البيهقي في المعرفة، ثم قال: وهو منقطع بين مكحول ومن فوقه، وراويه عن مكحول مجهول، وهذا إسناد لا يحتج به. كما في نصب الراية ٣/ ٤٣١]، وذلك عام في كل شيء، إلا ما قام دليله، وأيضاً: فإن حق جماعة المسلمين قائم في الموات، فلا يجوز لأحد أن يختص به دون غيره، إلّا بإذن الإمام). كما في شرح الجصاص ٣/ ٤٤٤.

(٣) وتملك الموات (بثلاثة أشياء: إذن الإمام له بإحيائه، وتمليكه إياه بإحيائه، وضرب الخراج عليه إن أمكن سقيه من ماء الأنهار)، كما في خزانة الفقه، ص٢١٢.

(٤) أخرجه أبو داود من حديث سعيد بن زيد (٣٠٧٥)؛ والترمذي (١٣٧٨)؛ ومالك في الموطأ (١٤٢٤)؛ والنسائي في الكبرىٰ (٥٧٢٩)؛ وأخرجه البخاري معلقاً بعد حديث (٢٣٣٤)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٦/ ٩٩، وغيرهم.

(٥) (قال مالك: والعرق الظالم: كل ما احتفر أو أخذ أو غرس بغير حق)، الموطأ ٢/ ٧٤٣.

وبالتحجير[١] لا يملكها بالإجماع.

وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: (ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق)[٢]، وهذا ليس بتقدير لازم، وإنما هذا رأي رآه عمر رضي الله عنه، وذلك على ما يقع في القلب أنه ترك إحياءها، وبالتحجر صار أحق بها من غيره، ولم يكن لغيره إزعاجه كالمتروك في الأراضي المباحة والرباطات.

وأصله قوله عليه الصلاة والسلام: (منى مناخ من سبق)[٣]، فليس للإمام أن يقطع شجر مالاغنًى للمسلمين عنه، يعني: إذا كانت أَجَمَة، أو غَيْضَة، أو بحراً يشربون منه، أو مَمْلَحَة[٤] لأهل البلدة، فليس للإمام أن يقطع ذلك لأحد.

---

(١) والتحجير من: (احتجر الأرض: أعلم عَلَماً في حدودها؛ ليحُوزها ويمنعها). كما في المغرب (حجر)، أي: أن يحدد الأرض بعلامات ظاهرة من حجارة أو غيرها ليمتلكها.

(٢) أورده الزيلعي في نصب الراية، وقال: (رواه أبو يوسف في كتاب الخراج عن الحسن بن عُمارة ....، والحسن بن عُمارة ضعيف)، ٤/ ٢٩٠.

(٣) الحديث أخرجه الترمذي من حديث عائشة رضي الله عنها (٨٨١)، وقال: (هذا حديث حسن صحيح)؛ وابن ماجه (٣٠٠٦)؛ وأحمد في المسند (٢٥٧٥٩)، وعلق الأرنؤوط: (إسناده ضعيف، مسيكة أم يوسف مجهولة)؛ وابن خزيمة في صحيحه (٢٨٩١)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ١٠/ ١٣٩؛ والحاكم في المستدرك ١/ ٦٣٨.

(٤) (الأَجَمة: الشجر الكثير الملتف، والجمع: أجم، وإجام، وآجام)، المعجم الوسيط (أجم).

(الغَيْضَة: الأجمة، والموضع يكثر فيه الشجر ويلتف، وجمعها: غياض وأغياض)، المعجم الوسيط (غيض).

(والمَمْلَحَة، أو الملاّحة: منبت الملح، وكلاهما بمعنىٰ واحد). انظر: المغرب (ملح).

[العُشْرُ والخَرَاجُ فِي أَرْضِ المَوَاتِ]

وإذا ملك أرض الموات بإذن الإمام، أو بغير إذنه على الاختلاف، فزرعها فإنه ينظر: إن زرعها بماء السماء فهي من أرض العشر، وإن زرعها بماء نهر من أنهار المسلمين، فعلىٰ قول أبي يوسف حكمها: حكم تلك الأراضي التي فيها ذلك، وإن كانت من أرض الخراج فهي من أرض الخراج، وإن كانت من أرض العشر فهي من أرض العشر.

وفي قول محمد: إن كان الماء الذي ساقه إليها من مياه الأنهار العظام: كالنيل، والفرات، وما أشبه ذلك، فهي من أراضي العشر، وإن كان ذلك الماء من نهر حفره الإمام من مال الخراج فهي خراجية، وبه أخذ الطحاوي(١).

وأراضي الخراج مملوكة(٢)، وكذلك أراضي العشر يجوز بيعها وإيقافها، ويكون ميراثاً عنه كسائر أملاكه(٣).

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٣٥.

(٢) وعبارة المختصر: (وأرض الخراج مملوكات يجوز بيعهنّ، وهبتهنّ، ووقفهنّ، ويجري فيهنّ المواريث، كما يجري فيما سواهنّ)، ص١٣٥.

(وذلك لأن عمر مع جماعة من الصحابة، اتفقوا على إقرار أهل السواد على أملاكهم بعد فتحها عنوة، وقد اشترت الصحابة أرض الخراج، وتبايعوها من غير نكير أحمد منهم، فصار ذلك إجماعاً منهم في صحة الأملاك فيها). كما في شرح المختصر ٣/ ٤٤٩.

(٣) وتوضيح ذلك: بأن الأرضِ الخراجيةِ: هي أرض العجم التي فتحت عنوة، فأبقيت بأيدي أصحابها، وضُرب عليها الخراج، أو الأرض التي صالح أهلها عليها على خراج يؤدونه.

الأرض العشرية: هي التي يملكها المسلم، ويدفع من نتاجها زكاة الزروع، وهي الأرض التي أسلم أهلها عليها، وكل أرض العرب، والأراضي المفتوحة عنوة، إذا قسمت بين المحاربين. انظر: كتاب الخراج للقاضي أبي يوسف ص٦٩ (دار المعرفة)؛ معجم لغة الفقهاء (الأرض).

[حَرِيْمُ النَّهْرِ والبِئْرِ فِي أَرْضِ المَوَاتِ]

ومن حفر نهراً في أرض الموات على الاختلاف الذي ذكرنا، فإنه لا حريم[١] له في قول أبي حنيفة رضي الله تعالىٰ عنه، وفي قولهما: له حريم لإلقاء طينه، إلاّ أن على قول أبي يوسف: يمسح بطن النهر فيكون قدر نصف بطن النهر من هذا الجانب، وقدر نصف بطن [النهر] من هذا الجانب، وعلى قول محمد: يكون له قدر جميع بطن النهر من هذا الجانب، وقدر جميعه من الجانب الآخر، وحريم بئر العَطَن[٢]: أربعون ذراعـًا بالإجماع.

وأما بئر الناضح[٣] فإن [حريمها][٤] أربعون ذراعـًا في قول أبي حنيفة، وفي قولهما ستون ذراعـًا من كل جانب، وحريم العين: [خمسمائة] ذراعٍ من كل جانب[٥].

[مِلْكِيَّةُ المُسَنَّاةِ فِي النَّهْرِ]

ولو أن نهراً لرجل، وأرضـًا على شَطِّ النهر لرجل، فتنازعا في المسناة[٦]، فإن كان بين الأرض وبين النهر حائل كالحائط ونحوه، فالمسناة لصاحب النهر بالإجماع،

---

(١) حريم العين أو البئر: ما يحيط بهما، ويملكه مَن يملكهما.

(٢) (العَطَن: مناخ الإبل، ومَبْركها حول الماء، والجمع: أعطان، ومعاطن). المغرب (عطن).

(٣) والنضح: هو البلّ بالماء والرشّ، ومن: (نضح البعير الماء: حمله من نهر أو بئر لسقي الزرع، فهو ناضح)، وإنما أضاف (بئر العطن، بئر الناضح)، (ليفرق بين ما يستسقىٰ منه باليد في العَطَن، وبين ما يُستسقىٰ منه بالناضح: وهو البعير). انظر: المصباح؛ المغرب (نضح).

(٤) في أ (حكمها) والمثبت من م.

(٥) وقال الجصاص عن هذه المقادير: (وهذه المقادير اجتهاد، وقد روي في جميعها عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم آثار) ٣/ ٤٥١. انظر: كتاب الخراج لأبي يوسف ص١٠٠، ١٠١؛ خزانة الفقه ص٢١٢.

(٦) (والمُسَنَّاة: ما يبنىٰ للسيل ليرد الماء). المغرب (سنو).

ولو لم يكن بينهما حائل قال أبو حنيفة رضي الله تعالىٰ عنه: هي لصاحب الأرض، [وليس][(١)] لصاحب النهر فيها حق، حتى أن صاحب الأرض إذا أراد غرسها [لم يكن][(٢)] لصاحب النهر منعه عن ذلك، وقال أبو يوسف ومحمد: المسناة مِلْكٌ لصاحب النهر[(٣)].

[انْتِفَاعُ العَامَّةِ بِمَاءِ البِئْرِ فِي أَرْضِ الغَيْرِ]

قال: (ومن كانت في أرضه بئر أو عين، كان له منع الناس من دخول أرضه، إلاّ أن يكون للناس إلى ذلك حاجة، ولا يجدون ماءً من غيرها، فيكون عليه إباحتهم ماءها لشفاههم[(٤)] ولمواشيهم، وليس عليه [إباحتها] لزروعهم)[(٥)].

الأصل في هذه المسألة قوله عليه الصلاة والسلام: (**الناس شركاء في ثلاث: الماء، والنار، / والكلأ**)[(٦)]. [١٩٥-ب]

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٤٥٠.

(٤) قال المطرزي: (ويقال: أهل الشفة، أي: الذين لهم حق الشُّرْب بشفاههم، وأن يسقوا دوابهم). المغرب (شفه).

(٥) مختصر الطحاوي ص١٣٦.

(٦) الحديث روي أيضاً بلفظ (المسلمون ...)، أخرجه أبو داود من حديث أبي خداش (٣٤٧٩)؛ وابن ماجه (٢٤٧٢)؛ والإمام أحمد في المسند (٢٣١٣٢)، وإسناده صحيح كما قال شعيب الأرنؤوط؛ وقال ابن الملقن: (رواه أبو داود في سننه، وسكت عنه، وأخرجه أحمد في مسنده أيضاً، قال عبد الحق: لا أعلم روىٰ عن أبي خداش إلاّ حريز بن عثمان، وقد قيل: إنه رجل مجهول، وروي بطرق أخرىٰ من حديث أبي هريرة، أخرجه ابن ماجه، قال الضياء في أحكامه: إسناده جيد). انظر: البدر المنير ٧/ ٧٦، ٧٧.

(فإذا وجدوا غيره: كان له منعُهم من دخول أرضه، وإذا لم يجدوا غيره، كانوا متساويين في الانتفاع بالماء الذي فيها، ولم يكن له مَنْعهم منها.

كما روي: (أن رجلاً سأل النبي صلىٰ الله عليه وسلم، فقال: يا رسول الله، ما الشيء =

[بَيْعُ مَاءِ النَّهْرِ أَوْ البِئْرِ]

الرجل إذا كان في أرضه أو في داره بئر ماء، أو عين، أو حوض، فباع الماء الذي فيه، لم يجز[1]؛ لأنه يتشرب في الأرض، إلاّ إذا كان حوضاً قد طلي بالجَصِّ، وعلم أنه لا يتشرب في الأرض، فإنه يجوز، ولو جعله في [إناء][2] فباعه، فإنه يجوز.

ولو أن الناس احتاجوا إليه لشفاههم، أو لمواشيهم، فأرادوا دخول أرضه للاستسقاء، كان له أن يمنعهم عن الدخول في أرضه وداره، ويقال له: إما أن تأذن للناس في الدخول في أرضك ودارك فليستقون الماء لشفاههم، وإما أن تحمل ذلك إليهم، وليس له الامتناع عن أحد هذين الأمرين، فإن امتنع ومنع الناس عن الاستيقاء، فإنهم يقاتلونه بالسلاح[3]، بخلاف ما إذا كان رجل قد أصابته مجاعة، ومنع رفيقه طعاماً يحل له التناول من جهة الغصب، وله أن يقاتله بما دون السلاح، ولا يقاتله بالسلاح.

= الذي لا يحل منعه؟ قال: الماء) [أخرجه أبو داود (١٦٧١)، وسكت عنه؛ وابن ماجه (٢٤٧٤)؛ وغيرهما، وقد رواه من حديث بهيسة عن أبيها.

وقال ابن حجر: (أعله عبد الحق وابن القطان بأنها لا تُعرف، لكن ذكرها ابن حبان وغيره من الصحابة)، التلخيص ٣/ ٦٥].

وقال: وإنما لم يكن له أن يَسقُوا منه زرْعهم إلا بإذن مالك الأرض؛ لأنه فيه خوف التلف على النَّفْس). شرح المختصر ٣/ ٤٥٣.

(١) وعبارة المختصر: (... ولا يجوز لأحد بيع ما في نهره، ولا ما في بئره من الماء) ص١٣٦.

(٢) في أ (الماء) والمثبت من م.

(٣) وذلك لما روي: (أن قوماً مرُّوا بالماء، فأرادوا أن يستقوا، فمنعهم أهل الماء، فأخبروا عمر ابن الخطاب بذلك، فقال: هلاّ وضعتم فيهم السلاح)، كما أورده الجصاص ٣/ ٤٥٢.

وروى البيهقي في الكبرى نحوه: (أن رجلاً أتى أهل ماء، فاستسقاهم، فلم يسقوه، حتى مات عطشاً، فأغرمهم عمر رضي الله عنه الدية) ٦/ ١٥٣.

ولو أن الناس احتاجوا إليه لسقي كرومهم، وأراضيهم، حَلَّ لصاحبه منعهم.

وبيع الشرب على الانفراد لا يجوز، ولو باعه مع الأرض جاز[١].

[بَيْعُ الجَامِدِ]

وأما بيع الجمد[٢] فقد اختلف مشايخنا فيه: قال بعضهم: لا يجوز بيعه؛ لأنه باع شيئاً لا يقدر على تسليم جميعه إلى المشتري؛ لأنه يذوب بعضه.

وكان أبو نصر محمد بن محمد بن سلام يقول: البيع جائز، فكان إذا سئل عن هذه المسألة يقول: البيع جائز ولا يبطله إلا أحمق، وكان أبو بكر الإسكاف يقول: إذا سَلَّمَ الجمدة إلى المشتري ثم باعه منه، فإنه يجوز، وإن باعه ثم سَلَّم لا يجوز، وكان الفقيه أبو جعفر يقول: إذا سلم الجمدة إلى المشتري ثم باعه منه، أو باعه منه ثم سلمه إليه في يومه ذلك، فإنه يجوز، وأما إذا باعه ولم يسلم إليه حتى مضت أيام، فسد البيع؛ لأن في الوقت القليل لا ينتقص نقصاناً، فليبين له حصة من الثمن، وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى.

[المَنْعُ عَنِ الاِحْتِشَاشِ]

وأما الكلأ إذا ثبت في أرض رجل، فليس له المنع عن الاحتشاش، فإن كان الرجل محتاجاً إلى الحشيش، فإن وجده في موضع آخر، فليس له أن يدخل ملكه بغير إذنه، وإن لم يجده في موضع آخر، يقال لصاحب الأرض: إما أن تحتش فتسلم إليهم، وإما أن تأذن لهم في الدخول في أرضك على ما ذكرنا في الفصل الأول.

---

(١) انظر: فتاوى قاضيخان ٣/ ٥٩، ٦٠.

(٢) (جَمَد الماء والسائل -جمداً أو جموداً-: صلب، (ضد: ذاب)، فهو جامد وجَمد). المعجم الوسيط (جمد).

لو دخل إنسان أرضه بغير إذنه فاحتشَّ، فليس له حق الاسترداد منه، سواء كان سقاه وقام عليه أو لم يقم عليه في ظاهر الرواية، ولا يجوز بيعه، ومن مشايخنا المتأخرين من قال: إنه إن قام عليه صاحب الأرض وسقاه فقد ملكه ويجوز بيعه، وله حق الحبس والاسترداد إن احتشه أحد بغير إذنه.

ولا يجوز بيع ما نبت في أرضه من الحشيش، إلا إذا قلعه وحزمه، يجوز بيعه، وله أن يَسْتَرِدَّ ممن أخذ منه، وكذلك لا يجوز إجارة المراعي، فإن أراد الحيلة في جوازها: فإنه يؤاجره [قطعة] معلومة من أرضه، ثم يبيح له كلأه.

وأما بيع القَتِّ[(١)] وما أشبه ذلك من القَصِيْلِ[(٢)] ونحوه، مما لا ينبت إلا بالإنبات، فإنه يجوز.

وأما النار إذا أوقد الرجل [ناراً] أو سِرَاجاً، فليس له أن يمنع عن الاستضاء [بنوره] إلا أن يأخذ عين الجمرة، فلصاحبه أن يمنعه، وكذلك هذا في سائر الأشياء المباحة[(٣)].

[أَخْذُ الطَّيْرِ مِنَ الوَكْرِ]

والطير إذا باضت أو فرخت في أرض رجل، فكل من أخذه فهو له، اتخذ [له صاحب] الأرض، [وَكْراً][(٤)] لو لم يتخذ. في ظاهر الرواية.

[١٩٦-أ] وعن / بعض مشايخنا المتأخرين: أنه إذا اتخذ له وَكْراً كان مِلْكاً له، فيسترده ممن أخذه، ولو أخذه ثم وضعه، فقد ملكه بالإجماع.

---

(١) (القَتُّ: الفصفصة اليابسة التي تأكلها الدواب). المغرب (قت).

(٢) (القصيل: هو الشعير يجزّ أخضر لعلَف الدواب). المغرب (قصل).

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٤٥٥؛ فتاوىٰ قاضيخان ٣/ ٥٩.

(٤) في أ (اتخذ أرضًا حيث الأرض وكذا)، والمثبت من م. (وَكْرُ الطائر: عُشُّهُ أين كان: في جبل أو شجر، والجمع وَكَارٍ)، المصباح (وكر).

وكذلك لو أن صيداً التجأ إلى أرض رجل، أو داره، فكل من سبق بالأخذ فهو له، إلا إذا رَدَّ الباب عليه بعد الدخول، كان ملكاً له إذا كان بحال يمكن أخذه بغير صيد، فكذلك إذا حفر حفيرة ليجتمع فيها الماء، فوقع فيها صيد، فكل من أخذه فهو له، إلاّ إذا حفر للاصطياد كان أحق به من غيره.

ولو نصب شبكة في أرضه أو في أرض غيره، فتعلق بها صيد تعلقاً لا خلاص له، فقد ملكه الناصب، سواء كانت الشبكة له أو لغيره.

كرجل أغوىٰ كلب إنسان أو أرسل بازي إنسان فأخذ الصيد، كان للمرسل والمغوي دون صاحبه.

[والله سبحانه وتعالىٰ أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب][1].

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٣٤ - ١٣٦؛ شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٣/ ٤٤٢، وما بعدها.

كتاب الوقف[1] [والعَطَايا والهِبَة[2]]

قال رضي الله تعالىٰ عنه وعن والديه: الوقف: حبس الأصل والتصدق بالفرع.

[الوَقْفُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيْفَةَ]

ثم الوقف في قول أبي حنيفة على ثلاثة أوجه:

في وجه لا يجوز: وهو أنه إذا وقف داره أو أرضه في حال صحته، فلا يجوز، وإن اشترط التأبيد، وسَلَّمَ إلى المتولي، ويجوز بيعه ويكون ميراثاً عن الواقف.

وفي وجه يجوز: وهو أنه إذا وقف في حال حياته وجعلها وصية بعد وفاته، يجوز من ثُلُثِ ماله.

وفي وجه لا يجوز في ظاهر الرواية: وهو أنه إذا وقف في مرض موته فهو كالوقف في حال صحته، وروىٰ الطحاوي عن أبي حنيفة: أنه يجوز في هذا كالوصية بعد وفاته، هذا كله في قول أبي حنيفة رضي الله تعالىٰ عنه[3].

---

(١) الوقف في اللغة: هو الحبس، يقال: وقفتُ الدابة وأوقفتها، أي: حبستها.

وفي الشرع: عبارة عن حبس العين على حكم ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية، وهذا قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: هو عبارة عن حبس العين على حكم ملك الله تعالىٰ، على وجه تصل المنفعة إلى العباد، فيزول ملك الواقف عنده إلى الله تعالىٰ، فيلزم، ولا يباع، ولا يرهن، ولا يورث). الجوهرة ص٤٣٠، وعلى هذا، فالصحيح: أن الوقف جائز عند الكل، وإنما الخلاف بينهم في اللزوم وعدمه.

(٢) (الهبة في اللغة: هي التبرع.

وفي الشرع: عبارة عن تمليك الأعيان بغير عوض). الجوهرة ص٤١٨.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص١٣٦، ١٣٧.

[الوَقْفُ فِي قَوْلِ الصَّاحِبَيْنِ، وشَرَائِطُهُ]

وفي قولهما: الوقف جائز في حال صحته ومرضه(١)، إلا أن أبا يوسف ومحمداً

(١) المفتىٰ به في المذهب: على قول الصاحبين (وذلك للآثار المشهورة عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، والصَحابة رضي الله عنهم، وتعامل الناس باتخاذ الرباطات والخانات -كما يأتي-)، ونقل هذا العَلاَّمة ابن قطلوبغا في تصحيح القدوري، عن جم غفير من فقهاء الحنفية. القدوري (مع الترجيح) ص٢٨٤.

وبحسب القول المفتىٰ به في المذهب، فمن أهم الأدلة على الوقف: (حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه حين أصاب أرضاً بخيبر، فأتىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله، إني أصبت أرضاً بخيبر، لم أصب مالاً أنفس عندي منه، فما تأمر به؟ قال: إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها، قال: فتصدق بها في الفقراء، وفي القربىٰ، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم غير متمول). أخرجه البخاري (٢٧٧٢)؛ ومسلم (١٦٣٢). ويعد هذا الحديث أصلًا في الوقف.

وفي رواية للبيهقي: (تصدق بثمره، وحبس أصلهن ولا يباع ولا يورث)، السنن الكبرىٰ ٦/ ١٦٢.

وطبق أصحاب النبي صلىٰ الله عليه وسلم، ورضي الله عنهم، تلكم الإرشادات الإلهية، والوصايا النبوية، تطبيقاً عملياً، فجل الصحابة رضوان الله تعالىٰ عليهم وقفوا من أموالهم؛ ابتغاء مرضاة الله تعالىٰ.

يقول محمد بن عبد الرحمن بن سعد بن زرارة: (ما أعلم أحداً من أصحاب رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، من أهل بدر، من المهاجرين والأنصار، إلا قد وقف من ماله حبساً، لا يشترىٰ، ولا يورث، ولا يوهب، حتى يرث الله الأرض وما عليها)، أحكام الأوقاف للخصاف ص١٦٠.

وقال الإمام الشافعي: (إن صدقات المهاجرين والأنصار بالمدينة، معروفة قائمة)، الأم ٤/ ٥٧.

وقال ابن حزم -موضحاً أوقاف الصحابة رضوان الله تعالىٰ عليهم-: (وحبس عثمان، والزبير، وطلحة، وعلي بن أبي طالب، وعمرو بن العاص، دورهم على بنيهم، وضياعاً موقوفة، وكذلك ابن عمر، وفاطمة بنت رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، وسائر الصحابة رضي الله عنهم جملة، فصدقاتهم بالمدينة أشهر من الشمس، لا يجهلها أحد، =

اختلفا [فيما] بينهما: قال أبو يوسف: يجوز مشاعـًا كان أو مقسومـًا، سَلَّمه إلى المتولي أو لم يسلمه، اشترط التأبيد أو لم يشترط(١).

وقال محمد: لا يجوز إلا باستجماع شرائطه، وشرائطه ثلاثة: أن يكون مقسومـًا، مخرجـًا من يده، مسلمـًا إلى المتولي، وأن يشترط فيه التأبيد: وهو أن يجعل آخره إلى سبيل لا ينقطع أبداً، فيجوز(٢).

ولو جعل داره مسجداً يجوز بالإجماع، ولا يجوز مشاعـًا، وإنما يجوز إذا سَلَّمها، والتسليم: هو أن يصلي فيه بجماعة بأذان وإقامة بأمره، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ ومحمد، وقال أبو يوسف: إذا قال: جعلت داري مسجداً كفىٰ.

ولو أنه خرب ما حوله واستغنىٰ الناس عن الصلاة فيه، صار ميراثـًا عنه في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يصير ميراثـًا [عنه]، وهو مسجد إلى يوم القيامة.

وكذلك لو جعل أرضه مقبرة، فإنه لا يصح ما لم يسلم، والتسليم: هو أن يأذن للناس بأن يقبروا فيها، فيقبروا الميت.

وكذلك الرباط، والحوض، والسقاية على هذا، لا يصح ما لم يسلم، والتسليم: هو أن يأذن للناس بالنزول فيها، والاستقاء من الحوض فنزلوا واستقوا مرة واحدة، وعلى قول أبي يوسف: يَصِحّ من غير تسليم(٣).

= ووقف عبد الله بن عمرو بن العاص الوهط على بَنِيه)، المحلىٰ ١٠/ ١٨٣. انظر الأدلة بالتفصيل: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٥-١٤.

(١) (وقال أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ: يزول ملكه بمجرد الوقف، ولا يحتاج إلى ذكر المساكين، فأيّ جهة سمَّىٰ جاز، وإن انقطعت تلك الجهة، صار آخرها للمساكين، وإن لم يُسَمِّهم)، خزانة الفقه ص٢١٠.

(٢) انظر: خزانة الفقه ص١١٠.

(٣) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ٣/ ١٥٩؛ والإسعاف في أحكام الأوقاف ص٣٩-٤٣.

[الوَقْفُ فِي العَقَارَاتِ]

ثم الوقف إنما يجوز في غير المنقول من العقار وغيره[(١)]، وأما المنقول فلا يجوز وقفه إلاّ إذا كان تَبَعاً لغيره: وهو أن يقف أرضاً فيها بَقَر، وعَبِيْد لمصالحها[(٢)]، فيشترط ذلك في الوقف فيكون وقفاً معها، أوجرت العادة به، كما إذا وقف القَدُوْمَ والمَرَّ[(٣)] لحفر القبور، ووقف الجِنازة[(٤)] أو ثياب الجِنازة[(٥)].

ولو وقف الأشجار العالية[(٦)] لا يجوز قياساً، ويجوز استحساناً.

ولو أنه أوقف دابة [حبيساً] في سبيل الله تعالىٰ، لا يجوز في قول أبي حنيفة، ويجوز في قولهما، ويجوز بيع ما هرم منها وصار بحال لا ينتفع به، ويرد ثمنه في مثله[(٧)].

---

(١) وعبارة الطحاوي في ذلك: (ولا يجوز الوقف في عبدٍ، ولا في أمةٍ، وفي شيء سوىٰ العَقَار، والأرضين ...)، مختصر الطحاوي ص١٣٧.

(٢) في م (لصاحبها).

(٣) (القَدُومُ: آلة للنَّجْر والنحت، وجمعها: قدائم، وقُدُم)، المعجم الوسيط (قدم).
(المَرُّ: المِسحَاة، أو مَقْبَضُها)، المعجم الوسيط (مَرَّ).

(٤) (الجِنَازة -بالكسر-: السرير)، المغرب (جنز).

(٥) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ١٨.

(٦) في م (القائمة).

(٧) وعبارة الطحاوي: (قال محمد: لا بأس بتحبيس الخيل في سبيل الله تعالىٰ، وكذلك قال أبو يوسف)، ص١٣٧.

(وذلك لما روي عن عليّ وابن عباس رضي الله عنهم، ولا يعرف عن أحد من السلف خلافه، ويدل عليه: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (الخيل ثلاثة: هي لرجل أجْر، ولآخر سِتْر، وعلى آخر وِزْرٌ، فأما الذي له الأجر: فالذي يحمل عليها في سبيل الله) [مسلم (٩٨٧)]، عمومه يقتضي جوازَ حَبْسِها للحمل عليها في سبيل الله؛ إذ لم يفرِّق بين ما كان منها محبوساً، أو موهوباً، أو معاراً). شرح مختصر الطحاوي ٤/ ١٩.

[أحكَامُ الهِبَةِ]

[القبض في الهبة والصدقة]

قال: (**ولا تخرج الهبة**[١] **ولا الصدقة/ المملوكة من ملك صاحبها إلى ملك الذي يملكه إياهما حتى يقبضهما منه بإذنه**)[٢]، والهبة جائزة إذا كان الواهب من أهله، وكونه من أهله: أن يكون عاقلاً، بالغاً، [حُرًّا]، مالكاً لها. [١٩٦-ب]

ولو كان عبداً أو مُكَاتَباً أو مُدَبَّراً أو أُمَّ وَلَد، أو من كان في رقبته شيء من الرِّقِّ، أو كان صغيراً، أو مجنوناً، أو لا يملك الشيء الموهوب، فإنه لا يصح.

ولا يقع الملك في الهبة إلا بالقبض، بخلاف البيع، فإن في البيع يقع الملك بنفس العقد، ولو كان الشيء الموهوب في يد الموهوب له [جاز]، فالأصل: أنه متىٰ تجانس القبضان، ناب أحدهما عن الآخر، وإذا اختلف القبضان، ناب المضمون عن غير المضمون، ولا ينوب غير المضمون عن المضمون.

[القَبْضُ فِي المَغْصُوْبِ وَالودِيْعَةِ]

وبمثله: أن الشيء إذا كان مغصوباً في يده، أو مقبوضاً بعقد فاسدٍ فباعه منه بيعاً صحيحاً جائزاً، جاز، ولا يحتاج إلى قبض آخر، لاتفاق القبضين.

---

(١) (شروط جواز الهبة، ثلاثة أشياء: الإيجاب، والقبول، والقبض، فأما قبضه في المجلس بغير أمر الواهب، لا يجوز)، كما في خزانة الفقه ص٢٠٦.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٣٨. (وذلك لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (يقول ابن آدم: مالي مالي، وما لَكَ من مال إلا ما أكلت فأفنيت، أو لبست فأبليت، أو تصدقت فأمضيت) [مسلم (٢٩٥٨)]، فشَرَطَ في صحة الصدقة: إمضاءَها، ومنع صحتها بالقول، دون إمضائها: وهو الإقباض والتسليم، فدل على أنها لا تصح إلا مقبوضة). شرح المختصر ٤/ ٢٠.

وكذلك إذا كان الشيء وديعة في يده أو عارية، فوهبه مالكه من صاحب اليد، فإنه لا يحتاج إلى قبض آخر لاتفاق القبضين؛ لأن كلا القبضين قبض أمانة.

ولو كان مغصوباً في يده، أو مقبوضاً بعقد فاسد، ثم وهبه المالك من صاحب اليد، لا يحتاج إلى قبض آخر، وناب المضمون عن غير المضمون، ولو كانت وديعة في يده، أو عارية، فباعها منه، فإنه يحتاج إلى قبض جديد؛ لأن قبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان.

[حَقُّ قَبْضِ المَوْهُوْبِ لَهُ]

ثم الموهوب له إن كان من أهل القبض، فحق القبض إليه، وإن كان الموهوب له صغيراً أو مجنوناً، فحق القبض إلى وَلِيِّهِ، ووليه: أبوه، أو وَصِيُّ أبيه، أو وصي وصيه، ثم جَدُّهُ، ثم وَصِيُّ جده، ثم القاضي، ومن نصبه القاضي، سواء كان الصغير في عيال هؤلاء أو لم يكن، وأما الأخ، والعَمُّ، والأُمُّ، وغيرهم من ذَوي الرَّحِمِ المَحْرَم، فإن لم يكن الصغير في عيال هؤلاء، فلا يجوز قبض واحد منهم، وإن كان الصغير في عيال واحد منهم جاز قبضه استحساناً، والقياس: أن لا يجوز.

وكذلك لو أن الصغيرة زُفَّت إلى بيت زوجها، فوهبت لها هبة فقبضها لها زوجها، جاز استحساناً، ولو قبض الصغير بنفسه وهو يعقل، جاز استحساناً، ولو وهب الصغير أبوه، فالأب هو الذي يقبض بنفسه.

وكذلك كل من كان له [حق] القبض من الأولياء، وقبضه في ذلك: إعلامه وإشهاده عليه، والإشهاد للاستيثاق، ولو لم يُشْهِدْ جاز فيما بينه وبين الله تعالى.

[هِبَةُ المُشَاعِ ورَهْنُهُ]

والهبة لا تجوز إلا [محرزة]، مقسومة، وهبة المشاع لا تجوز فيما يحتمل القسمة، وتجوز فيما لا يحتمل القسمة، ولو وهب مشاعـًا، فسلم [محرزًا] مقسومـًا، جاز، والعبرة في ذلك لوقت القبض.

ولو وهب [نصف دار] من رجل، ولم يُسَلِّم، ثم وهب منه النصف الآخر وسَلَّم جملة، جاز، ولو وهب نصف الدار وسَلَّم، ثم وهب النصف الباقي وسَلَّم، فإنه لا يجوز، وكلتاهما فاسدتان، ولو وهب من اثنين إن كانا فقيرين، جاز بالإجماع كالصدقة، وإن كانا غنيين فوهب لكل واحد منهما نصفـًا أو أبهم فقال: وهبت منكما، أو وهبت منهما على التفاضل، فقال: لهذا ثُلُثَاه ولهذا ثُلُثُه.

قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ: لا يجوز في هذه الفصول كلها، وقال محمد: يجوز في هذه الفصول الثلاثة، وقال أبو يوسف: يجوز في فصلين: وهو أنه إذا وهب منهما نصفين أو أبهم، ولو كان على التفاضل لا يجوز.

وأما في الرهن إذا رهن مشاعـًا لا يجوز، سواء كان فيما يحتمل القسمة أو لا يحتمل، ولو رهن من رجلين جاز، بخلاف / الهبة، وتصير الدار رَهْنـًا عند كل [١٩٧-أ]
واحد منهما على الكمال، حتى أنه إذا قضىٰ دين أحدهما، فليس له أن يفتكه ما لم يقض دين الآخر.

ولو رهن عند رجلين عند أحدهما ثلثيه، وعند الآخر ثلثه على التفاضل أو على النصف، لا يجوز بالإجماع[١].

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٢١؛ فتاوىٰ قاضيخان ٣/ ١٣٥، ١٣٦، ٥٤٦.

[العَدْلُ بَيْنَ الأَوْلَادِ فِي العَطَايَا]

قال: **(وينبغي للرجل أن يعدل بين أولاده في العطايا، والعدل في ذلك: التسوية بينهم ذكراً كان أو أنثىٰ في قول أبي يوسف[(١)]، وفي قول محمد: يعطيهم على سبيل الوراثة للذكر مثل حظ الأنثيين)**[(٢)].

ولو أراد أن يُحْرِمَ البعضَ ويَدْفَعَ إلى البعضِ، فإنه يجوز من طريق الحكم، إلا أن العدل والإنصاف أن يعطيهم كما ذكرنا، سواء كان بعضهم فاجراً فاسقاً، وبعضهم فقيهاً عالماً، هذا على جواب المتقدمين، وأما على جواب المتأخرين: فلا بأس بأن يعطي للمتفقهين والمتأدبين من أولاده دون الفسقة الفجرة.

[الهبة على عوض]

قال: **(وكل هبة وقعت على شرط العِوَض، فالعِوَض فيها على حكم الهبة ما لم يتقابضا)**[(٣)].

---

(١) (وجه قول أبي حنيفة: حديث الشعبي، عن النعمان بن بشير قال: (نَحَلَنِي أبي نُحْلًا، فقالت أمي عَمْرَة بنت رواحة: ائْتِ النبي صلىٰ الله عليه وسلم، فأشهده، فأتىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم، فذكر ذلك له، فقال: ألك سواه؟ قال: نعم، قال: وكُلّهم أعطيت مثل ما أعطيت النعمان؟ فقال: لا، فقال: هذا جُورٌ، فأشهد على هذا غيري) [البخاري (٢٥٨٦)؛ ومسلم (١٦٢٣)]، فقوله: (ألك سواه؟)، وقوله: (أعطيت كلّهم مثل ما أعطيت النعمان؟)، من غير فَرْق بين الذكر والأنثىٰ، يدل على أنهما متساويان فيه.

وعن ابن عباس قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: (ساووا بين أولادكم في العطية، فلو كنت مفضلاً، لفضلت البنات)، فلم يفضل بين الذكور والإناث حين أمر بالمساواة بينهم.

وقوله: (ولو كنت مفضلاً، لفضلت البنات)، يدل على التسوية أيضاً). شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٢٤، ٢٥.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٣٨.

(٣) المصدر السابق نفسه.

اعلم أن الهبة بشرط العوض[(١)]، هبة في الابتداء، [وبيع] في الانتهاء، فاللفظ لفظ الهبة، والمعنىٰ معنىٰ البيع.

وقولنا: هبة في الابتداء، يعني: إذا كان مشاعاً لا يجوز، ولا يقع المِلْك فيها إلاَّ بالقبض.

وبيع في الانتهاء: وهو أنهما إذا تقابضا، كان لكل واحد منهما الرَّدُّ بخيار الرُّؤْيَة، والرَّدُّ بالعيب.

ويجب للشفيع فيها الشفعة إذا كان غير منقول، وهذا كله عندنا، وقال زفر: لا هبة بشرط العوض كالبيع سواء، وحكم العوض كحكم الهبة، يعني أن العوض، إذا كان مشاعـاً لا يجوز[(٢)].

[الرجوع في الصدقة والهبة]

قال: (وكل صدقة كانت فليس للمتصدق الرجوع فيها، وكل هبة كانت [وقضبت]، فلواهبها الرجوع فيها)[(٣)].

---

(١) (قال الفقيه أبو الليث: الهبات على ثلاثة أوجه:

هبة بعوض، فينقطع الرجوع، ويجوز ردّها بالعيب، ويجب فيها الشفعة.

وهبة بغير عوض، وللواهب الرجوع فيها، والرجوع لا يكون إلاّ بالقضاء والرضا.
وهبة بشرط العوض)، خزانة الفقه ص٢٠٩.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٢٦، ٢٧.

(٣) مختصر الطحاوي ص١٣٨. وعبارة متن الشارح: (... وكل هبة صحّت لذي رَحِم مَحْرم، أو على عوض، فلا رجوع فيها، وله الرجوع فيها إذا لم يُعَوَّض منها، ولم تكن لذي رَحِم مَحْرمٍ) ٤/ ١٢٨، وقد ذكر المؤلف ذلك في شرحه.

ولعل سبب الخلاف في المتون -وهذا كثير في الكتاب-، يعود إلى تصرفات بعض النُّسَّاخ، من إدخال عبارات الحواشي، أو التعليقات الموجودة في الهوامش.

والحجة في جواز الرجوع في الهبة لغير ذي الرحم المَحْرم، إذا لم يقبض، بما روي =

الصدقة لا رجوع فيها، والهبة فيها الرجوع، إلا إذا وجدت الموانع، ومن الموانع: أن تحصل الهبة لذي رَحِم مَحْرَم، ولو حصلت لذي رَحِم غير مَحْرم، أو مَحْرَم غَير رَحِم، فله الرجوع فيها، والزوجية تمنع الرجوع.

وإذا مات الرجل الواهب أو الموهوب له، أو هلك الشيء الموهوب حقيقة أو حكماً، أو زادت الهبة زيادة متصلة متولدة من الأصل، أو غير متولدة منه، فلا رجوع، ولو ازدادت زيادة منفصلة لا تمنع الرجوع، فيرجع في الأصل، ولا يرجع في الزيادة.

ولو أخرج الموهوب له الهبة من ملكه فلا رجوع، وكذلك العوض يمنع الرجوع، ولو عوض عنه عين الهبة فلا يصح العوض، ولو عوض غير عين الهبة قليلًا كان أو كثيراً، فإنه يمنع الرجوع، ولو عوض عن بعض الهبة، فله الرجوع فيما لم يعوض عنه، وليس له الرجوع فيما عوض[1].

= عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (مثل الذي استردَّ ما وَهَبَ، كمثل الكلب يقيء، فيأكل قيأه، فإذا استرد الواهب، فليُوقف، فليعرف بما استرد، ثم ليدفع ما وهب) [أخرجه مسلم (١٦٢٢)؛ وأصحاب السنن].

(الخبر انتظم معنيين: أحدهما: كرَاهة الرجوع؛ لأنه شبَّهه بالكلب يعود في قيئه، وذلك مستقبح في العادة.

والثاني: صحة الرجوع فيها إذا رجَعَ، ووجوب ردِّها عليه.

وأيضاً، روي نحو قولنا عن عليٍّ، وعمر، وفضالة بن عبيد الأنصاري، من غير خلاف من أحد من الصحابة عليهم)، كما قال الجصاص في الشرح ٤/ ٣٠.

(١) جمع الفقيه أبو الليث الأشياء التي تنقطع بها حق الرجوع في الهبة: (إذا كان الموهوب له ذات رَحِم مَحْرَم، أو كان عبدًا صغيرًا فكبر، أو كان مهزولاً فسمن، أو كان أرضًا فبنىٰ فيها. أو كان ثوبًا فخاطه، أو صبغه يزيد فيه، أو غيَّره عن حاله: بأن كان حنطة فطبخها؛ أو كان دقيقًا فخبزه، أو سويقًا فلتَّه بسمن، أو كان لبناً فاتخذه جبناً، أو سمناً، أو أقطاً، أو كانت جارية، فعلمها القرآن والكتابة). خزانة الفقه ص٢٠٦.

وكذلك إذا خرج بعض الهبة عن ملكه، فله الرجوع فيما كان في ملكه، وليس له الرجوع فيما زال عن ملكه(١).

والرجوع في الهبة لا يصح إلا بقضاء قاضٍ، أو بوجود الرضا من الموهوب له(٢).

[العُمرىٰ بمنزلة الهبة]

والعُمْرىٰ(٣) بمنزلة الهبة، روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: (**من أعمر عُمْرىٰ فهي له في حال حياته، ولورثته بعد وفاته**) (٤)، فرسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أجاز العُمْرىٰ وأبطل الشرط للعمرىٰ.

والعمرىٰ: أن يقول الرجل لآخر: أعمرتك داري حال حياتك، فإذا مِتُّ تعود هذه الدار إلَيّ، فهذا الشرط باطل، ويكون الدار ميراثاً لورثته المُعَمَّر له، ولا تعود إلى المُعَمِّرِ بحال(٥).

---

(١) وأجمل أبو الليث أيضاً (تسعة أشياء لا ينقطع بها حق الرجوع في الهبة: إذا زادت قيمته، أو ولدت الموهوبة، يرجع في الأم دون الولد، أو أثمرت الشجرة، يرجع في الشجرة دون الثمر، أو كان ثوبًا فقطعه ولم يخطه، أو كان دارًا فهدم شِقّ منها. أو وهب لبني عمّه، أو في مرضه لورثته ثم مات المورث، فلورثته الرجوع، أو استحق العوض، يرجع في الهبة، أو استحقت الهبة، يرجع في العوض). خزانة الفقه ص٢٠٦، ٢٠٧.

(٢) انظر: شرح المختصر ٤/ ٣٤.

(٣) والعُمْرىٰ: (من أعمرته الدار -بالألف-: جعلته له سكناها عمره)، كما في المصباح؛ وقال القونوي: (العُمرىٰ: تبقية الشيء مدة عمر الموهوب له، أو الواهب، بشرط الاسترداد بعد موت الموهوب له، مثل أن يقول: داري لك عمري، فتمليكه صحيح، وشرطه باطل)، أنيس الفقهاء ص٢٥٦. كما وضّح ذلك المؤلِّف.

(٤) أخرجه مسلم من حديث جابر رضي الله عنه بلفظ: (... فإن من أعمر عُمْرىٰ، فهي للذي أعمرها حَيًّا وميتاً، ولعقبه) (٤٢٨٣)؛ وأبو داود بلفظ: (من أُعمر عُمرىٰ، فهي له ولعقبه، يرثها من يرثه من عقبه) (٣٥٥٣).

(٥) وعبارة الطحاوي: (والعُمْرَىٰ كالهبة في جميع ما وصفنا ...). انظر: مختصر الطحاوي ص١٣٩.

ولو قال: نحلتك داري، أو أعطيتك، أو ملكتك، أو وهبتك [عبدي] منك، كانت هبة، وكذلك إذا قال: كسوتك هذا الثوب/ كانت هبة. [١٩٧-ب]

ولو قال: نحلتك هذه الدابة كانت عارية، إلا أن يريد به الهبة، ولو قال: منحتك كانت أيضاً عارية(١).

[الرُّقْبَىٰ]

ولو قال: أرقبتك داري، أو داري لك رقبىٰ(٢)، أو قال: داري لك حبيس، كانت عارية في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: تكون هبة(٣).

ولو قال: داري رقبىٰ لك أو حبيس لك، كانت عارية بالإجماع.

ولو قال: داري لك سكنىٰ، أو سكنىٰ هبة، أو عمرىٰ سكنىٰ، أو سكنىٰ عمرىٰ، كانت هبة.

ولو قال: داري لك هبة تسكنها، أو عمرىٰ تسكنها، كانت هبة.

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٣٤ - ٣٧.

(٢) والرُّقْبَىٰ -بضم الراء، وسكون القاف-: (من أرقبت زيداً الدار إرقاباً، والاسم الرقبىٰ: وهي من المراقبة؛ لأن كل واحد يرقب موت صاحبه لتبقى له)، كما في المصباح (رقب)؛ وفي أنيس الفقهاء: (الرقبىٰ: فهي أن يقول: أرقبتك داري، وجعلتها لك حياتك، فإن مِتَّ قبلي، رجع إليّ، وإن مِتُّ قبلَكَ رجعتْ إليك ولعقبك) ص٢٥٧.

(٣) عبارة المختصر: (والرُّقْبَىٰ مثل العُمْرَىٰ في قول أبي يوسف: وهي أن يقول: أرقبتك داري هذه، ويقبضها على ذلك، وفي قول أبي حنيفة ومحمد: الرقبىٰ عارية، لا يملكها المرقَب)، ص ١٣٩. وقد روي عن ابن عباس، عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (الرقبىٰ والعمرىٰ، جائزة) [البخاري (٢٦٢٦)؛ ومسلم (١٦٢٦)]، فقال الجصاص معلقاً: (ويجوز أن تكون الرقبىٰ المذكورة في هذه الأخبار، بعد أن يهبها، ويشترط رجوعها إليه بعد الموت، كالعمرىٰ؛ لأن هذا يجوز أن يسمىٰ رقبىٰ، إذا كان مترقِّبًا لموته في رجوع الهبة)، ٤/ ٣٨، ٣٩.

وقوله: تسكنها مشورة[(١)].

[والله سبحانه وتعالىٰ أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب].

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٣٦ - ١٣٩؛ شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٤/ ٣٧ وما بعدها.

كتاب اللُّقَطَةِ[١] وجُعْل الآبِقِ[٢]

قال رضي الله تعالىٰ عنه: اللقطة اسم لغير بني آدم، واللقيط من جنس بني آدم.

[تضمين اللقطة]

الرجل إذا وجد لقطة فالأفضل له: أن يرفعها إذا كان يأمن على نفسه، وإن كان لا يأمن على نفسه فإنه لا يرفعها، ولو رفعها ثم وضعها في مكانها ذلك فهلكت، لا ضمان عليه في ظاهر الرواية.

وقال بعض مشايخنا: هذا إذا أخذ ولم يبرح عن ذلك المكان حتى وضع هناك، فأما إذا ذهب عن مكانه ذلك ثم أعادها، فإنه يضمن، وقال بعضهم: إذا أخذها ثم أعادها إلى ذلك المكان، فهو ضامن، ذهب عن ذلك المكان أو لم يذهب، وهذا خلاف ظاهر الرواية.

ولو أخذها ليأكلها لا ليردها على صاحبها، فإنه يضمن، ولا يبرأ من ضمانها حتى يدفعها إلى صاحبها.

---

(١) (اللقطة -بإسكان القاف وتحريكها-: وهي اسم لما يلتقط من المال)، الجوهرة ص ٤٥٨.

(وتطلق في الاصطلاح الشرعي: على المال الضائع من ربه، يلتقطه غيره)، معجم المصطلحات الاقتصادية ص ٢٩١.

(٢) والآبق: من (أَبِق العبد: هرب، فهو آبق، وهم أُبَّاق)، المغرب (أبق).

[مدة تعريف اللقطة]

وإذا التقط لقطة فإنه يُعَرِّفها سنة، سواء كان الشيء خسيساً أو نفيساً في ظاهر الرواية، وفي رواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنه قال: التعريف على [قدر] خطر المال، إن كان مائة ونحوها، فإنه يُعَرِّفُها سنة، وإن كانت عشرة ونحوها، فإنه يعرفها شهراً، وإن كانت ثلاثة ونحوها، فإنه يعرفها جمعة، أو قال: عشرة أيام، وإن كانت درهما ونحوه يعرفه ثلاثة أيام، وإن كان دانقاً ونحوه يعرفه يوماً، وإن كانت تمرة أو كِسْرَةً ونحوها يتصدق بها مكانها(١).

[دفع اللقطة لصاحبها، أو التصرف بها]

والتعريف إنما يكون على أبواب المساجد، وفي الأسواق، فإذا عَرَّفها وجاء صاحبها، فإن أقام البينة أنها ملكه يأخذها، وإن لم يقم البينة، ولكنه وصف عِفَاصَها، ووِكَاءَهَا(٢)، وعَدَدَها، ووَزْنَها، فالمُلْتَقِطُ بالخيار: إن شاء دفع إليه وأخذ منه كفيلاً، وإن شاء لم يدفع إليه حتى يقيم البَيِّنَةَ.

---

(١) انظر: خزانة الفقه ص٢٥٣.

(٢) كما روي في ذلك من حديث زيد بن خالد الجهني: أن رجلًا سأل رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم عن اللقطة، فقال: (عرِّفها سنة، ثم اعرِف عِفاصها ووِكاءها، ثم استنفق بها، فإن جاء ربُّها فأدِّها، فقال: يا رسول الله، فضالة الغنم؟، فقال: خذها، فإنما هي لك، أو لأخيك، أو للذئب.

فقال: يا رسول الله، فضالة الإبل؟، فقال: فغضب رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم حتىٰ احمرّت وجنتاه، وقال: مالك ولها، معها حِذاؤها وسقاؤها، حتى يأتيها ربُّها)، أخرجه البخاري (٢٤٢٩)؛ ومسلم (١٧٢٢).

العِفاص: الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد، أو خرقة، أو غير ذلك. انظر: النهاية (عفص).

(الوِكاء: الخيط الذي تُشَدُّ به الصُّرَّة والكيس وغيرهما)، النهاية (وكي).

وإن لم يحضر صاحبها بعد ما عَرَّفَها، وكان ذلك مما يسارع إليه الفساد، فإنه ينظر: إن كان الملتقط مُوْسِراً فإنه يتصدق بها على الفقراء، ثم إذا جاء صاحبها وأقام البينة عليها فهو بالخيار: إن شاء أجاز صدقته والثواب له، وإن شاء لم يُجِزْ وهو بالخيار في التضمين: إن شاء ضَمَّن المُلْتَقِطَ، وإن شاء ضَمَّن المُتَصَدَّقَ عليه إن كان معلومـًا، وأيهما ضمن، فإنه لا يرجع به على أحد.

ولو كان الملتقط مُعْسِراً فهو بالخيار: إن شاء أكل بنفسه، وإن شاء لم يأكل وتصدق بها على الفقراء، فإن أكل فصاحبها بالخيار: إن شاء أجاز فيجعل صدقة عليه، والثواب له، وإن شاء لم يُجِزْ فَيُضَمِّنُهُ، وإن تصدق بها على الفقراء فالحكم ما ذكرنا[١].

[رَفْعُ اللُّقَطَةِ لِلرَّدِّ عَلىٰ صَاحِبِهَا]

وإذا رفع اللقطة فهلكت في يده، إذا أشهد عند الرفع: أنه إنما رفعها ليُعَرِّفَها ويَرُدَّهَا على صاحبها[٢]، فلا ضمان عليه، وإن لم يشهد فهلكت يضمن: في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يضمن في الحالين أشهد أو لم يشهد، بعد أن يحلف أنه إنما أخذها ليعرفها.

ولو قال: [التقطت] لقطة أو ضالّة، أو قال: عندي شيء فمن سمعتموه يسأل

---

(١) (وإن كان الملتقط فقيراً، جاز صرفه إلى نفسه، وإلى زوجته، وإلى ابنه، وإلى أبيه، إذا كانوا فقراء، وإن كانوا أغنياء، لا ينتفع بها، ولا يتصدق بها على غني)، كما في خزانة الفقه ص٢٥٣.

(٢) (رفع اللقطة لصاحبها، أفضل من تركها عند عامة العلماء رحمهما الله تعالىٰ، وقال بعضهم: يحل رفعها، وتركها أفضل، وقالت المتقشفة: لا يحل رفعها.

والصحيح: قول علمائنا رحمهم الله تعالىٰ، خصوصـاً في زماننا، سواء كانت اللقطة دراهم، أو دنانير، أو عروضـًا، أو شاة، أو حماراً، أو بغلاً، أو فرسـًا، أو إبلاً)، كما قال قاضيخان في الفتاوىٰ ٣/ ٢٨٥.

[١٩٨-أ] شيئاً فَدُلُّوْه / عَلَيّ، فلما جاء صاحبها قال: هلكت، فلا ضمان عليه.

وكذلك لو وجد لقطتين فقال: من سمعتموه يريد شيئاً فدلوه عَلَيَّ، ولم يقل عندي لقطتان، وكذلك إذا قال: عندي لقطة، برئ من الضمان، وإن كانت عشراً، وهذا كله إشهاد أنه إن أخذها ليدفعها إلى صاحبها.

[رَفْعُ اللُّقَطَةِ وحِفْظُهَا بِحَسَبِ عَيْنِهَا]

وإذا وجد الرجل لقطة: إن كان مما يسارع إلى الفساد: كالطعام والثمار، فإنه يعرفها ثم يتصدق بها، والحكم فيها ما ذكرنا.

فإن كان ذلك مما لا يسارع إليه الفساد، فإنه يرفع الأمر إلى القاضي فينظر فيها القاضي: فإن كانت اللقطة مما تؤاجر كالعبيد والحيوان، ورأىٰ القاضي الصلاح في إجارتها فعل، وأمره بأن ينفق عليها من أجرتها.

وإن رأىٰ القاضي الصلاح في بيعها أمره ببيعها، وحفظ ثمنها على صاحبها، ويجعل حكم ثمنها على حكم مثمنه في هلاكه.

ولو رأىٰ القاضي الصلاح في الإنفاق عليها، أَمَره بالإنفاق عليها نفقة لا تربي على قيمتها، فينفق عليها، ولا يكون متبرعاً فيما أنفق عليها، فإذا جاء صاحبها يأخذ منه النفقة، وإن أبىٰ صاحبها أن يؤدي النفقة، باع القاضي اللقطة فيؤدي ما أنفق، ولو أنفق بغير أمر القاضي يكون متبرعاً.

[والله تعالىٰ أعلم](١).

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٣٩ - ١٤١؛ شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٤/ ٤٥ وما بعدها؛ فتاوىٰ قاضيخان ٣/ ٢٨٥ وما بعدها.

فصل [جُعْل الآبق]

جُعْل[1] الآبق واجب عندنا، وعندا لشافعي: غير واجب[2]، ومقداره: أربعون درهما إذا رَدَّه من مسيرة سفر[3] فصاعداً، ولو رده دون مسيرة سفر، صَحَّ له على قدر عنايته وتعبه، وكذلك لو رَدَّه من أقصىٰ المصر، فإنه يرضخ[4] له على قدر عنايته وتعبه.

[مِقْدَارُ جُعْلِ الآبِق]

وأصل ذلك: ما روىٰ محمد بن الحسن -في أول كتاب جُعْل الآبق- عن أبي عمرو الشيباني أنه قال: كنت قاعداً عند عبد الله بن مسعود رضي الله تعالىٰ عنه، فجاء رجل فقال: إن فلاناً قدم بإباق من القوم، فقال القوم: لقد أصاب أجراً، فقال عبد الله: وجُعْلاً، إن شاء من كل رأس أربعين درهماً[5].

---

(١) (الجُعْل: وهو ما يُجعل للعامل على عمله، ثم سُمي به ما يعطىٰ المجاهد ليستعين به على جهاده). المغرب (جعل)؛ وعرفه القونوي: (الجُعْل -بالضم-: ما جعل للإنسان من شيء على شيء يفعله، وكذلك الجِعَالة بالكسر)، أنيس الفقهاء ص ١٩٦. وأوضح من ذلك: (هو التزام عِوَضٍ معلوم على عمل معيَّن، بقطع النظر عن فاعله)، كما في معجم لغة الفقهاء (جعل).

(٢) انظر: المهذب ٣/ ٥٧١؛ المنهاج ص٣٣٥.

(٣) وقُدِّر مسافة السفر بمسيرة ثلاثة أيام، قال الجصاص: (القياس: أن لا شيء له، كما لو ردَّ بعيراً أو بقرة، إلا أن الصحابة اتَّفَقَت على لزوم الجُعْل على الآبق، واختلفوا في مقداره) ٤/ ٦٥. انظر: مختصر الطحاوي ص١٤١.

(٤) (رَضَخَ له رَضْخاً: إذا أعطاه شيئاً قليلاً، واسم ذلك القليل: رَضْخَةٌ ورَضِيْخَةٌ، ومنه قوله: (أو أسهماً، أو رَضْخاً، أي: نصيباً وافياً، أو شيئاً يسيراً)، المغرب (رضخ).

(٥) أورده السرخسي في المبسوط ١١/ ١٧.

وأخذ الآبق أفضل من تركه إذا كان الرجل يقوىٰ على أخذه، وإذا أخذه ثم هلك في يده، إن أشهد أنه إنما أخذه ليرده على صاحبه، فلا ضمان عليه، وإن لم يشهد فهو ضامن، على ما ذكرنا في اللقطة من الاختلاف.

[اسْتِحْقَاقُ الجُعْلِ بِالرَّدِّ]

والجُعَالة واجب في رَدِّ المدبرّ وأم الولد، إلّا إذا مات المولىٰ قبل أن يَعُدْ بهما(١) إليه، فلا جُعْل؛ لأنهما عتقا، ولا جُعْل في رَدِّ المكاتب، وإنما يجب الجعل للراد على السيد بالتسليم إليه، حتى أن رجلاً لو أخذه ورده، فلما انتهىٰ إلى المصر أبق منه، فأخذه آخر فرده إلى السيد، فإن الثاني يستحق الجعل، ولو كان الراد اثنين والعبد واحد فالجعل الواحد بينهما، وكذلك إذا كان السيد اثنين والعبد [واحد]، فالجعل بينهما، كذلك على قدر المِلك.

ولو كان العبد اثنين والسيد واحد أو أكثر، فعليه جُعْلَان، ولمن جاء بالآبق أن يمسكه بالجعل، ولو هلك في يده فلا ضمان عليه إذا كان يمسكه بالجعل، فلو جاء بالآبق فوجد السيد قد مات، فإن له الجعل في تركته، فإن كان عليه دين يحيط بماله فله الجعل، وهو أحق بالعبد حتى يعطىٰ الجعل، فإن لم يكن له مال غيره، بيع العبد وأدّىٰ الجعل، ثم قسم الباقي بين الغرماء.

ولو كان الذي جاء به هو وارث الميت، وليس هو في عياله، وقد أخذه وسار به ثلاثة أيام في حياته، فله الجعل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهم الله تعالىٰ، وقال أبو يوسف: لا جعل له وإن أخذه / في حياته(٢). [١٩٨-ب]

وإن كان العبد يساوي أربعين درهماً أو دونها، فإنه ينقص من قيمته درهم

(١) في م (أن يصل بهما).

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١٤١؛ شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٦٥، ٦٦.

واحد في قول أبي حنيفة ومحمد، وهو قول أبي يوسف الأول، ثم رجع وقال: يجب الجعل أربعون درهمًا وإن كانت قيمته درهم واحد.

ولو كان الرّاد ذا رَحِم مَحْرَم من المردود عليه، فإنه ينظر: إن وجد الرجل عبد أبيه فلا جعل له، سواء كان في عياله أو لم يكن، وكذلك المرأة والزوج.

ولو وجد الأبُ عَبْدَ ابنه إن لم يكن في عياله، فله الجعل، وإن كان في عياله، فلا جعل له، وكذلك الأخ وسائر ذَوِي الأَرْحَام.

وإذا وجد عَبْدَ أخيه إن كان في عياله فلا جعل له، وإن كان ليس في عياله، فله الجعل.

[والله سبحانه وتعالىٰ أعلم بالصواب][1].

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٤١.

كتاب اللَّقِيْط(١)

[اللَّقِيْطُ حُرٌّ]

قال رضي تعالىٰ الله عنه: اللقيط حر بقول عمر وعلي رضي الله تعالىٰ عنهما، ووليه السلطان، قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: (**السلطان ولي من لا ولي له**) (٢)، حتى أن الملتقط إذا زوَّجه امرأة، أو كانت جارية فزوَّجَها من آخر، لم يجز، وولاؤه لبيت المال، حتى أنه إذا مات من غير وارث ولا مولىٰ، فتَرِكَتُهُ لبيت المال.

ثم إذا وُجِدَ اللَّقِيْطُ فأخذه أفضل من تَرْكِهِ؛ لأن فيه إحياء النفس، واللقيط حُرٌّ في جميع أحكامه، حتى أن قاذفه يُحَدّ، وقاذف أمه لا يحد، وتجوز شهادته بعد البلوغ إذا كان عدلاً، ويصح تدبيره وعتقه وكتابته، والجناية له وعليه كالجناية على الأحرار(٣).

---

(١) عرّفه القونوي: (اللقيط: بمعنىٰ ملقوط، وهو لغة: ما يلقط، أي: يرفع من الأرض، وقد غلب على الصبي المنبوذ.

وفي الصحاح: المنبوذ: الصبي الذي تلقيه أمه في الطريق.

وشرعـًا: هو مولود طرحه أهله خوفـًا من العيلة، وفراراً من التهمة). أنيس الفقهاء ص١٨٨.

(٢) أخرجه الإمام أحمد في المسند ٦/ ١٦٥؛ وأبو داود (٢٠٨٣)؛ والترمذي (١١٠٢) وقال: (هذا حديث حسن)؛ وابن ماجه (١٨٧٩)؛ وابن حبان في صحيحه ٩/ ٣٨٦.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص١٤١.

[الادِّعَاءُ بِأَنَّهُ عَبْدُه أو ابْنُه]

ولو ادَّعىٰ الملتقط أو غيره: أنه عبده، لا يَصِحُّ ذلك إلّا بالبِيِّنَة، ولو أقرَّ اللقيط أنه عبد ذلك: إن كان لم يجر عليه أحكام الأحرار مثل قبول شهادته، وضرب الحد لقاذفه وغير ذلك، فإنه يَصِحُّ إقراره، وإن كان أجري عليه ذلك، فإنه لا يصح إقراره.

ولو ادعىٰ [الملتقط] أو غيره أنه ابنه، مُسْلِمٌ كان المُدَّعِي، أو ذِمِّيٌّ، القياس: أن لا تصح دعواه إلا بالبينة، وفي الاستحسان: تصح من غير بينة، فإن كان المدعي ذمياً فهو ابنه، وهو مسلم ولا يكون كافراً[١].

[ادِّعَاءُ رَجُلَيْن أَنَّهُ ابْنُهُمَا]

ولو ادّعىٰ رجلان أنه ابنهما، فإن كان أحدهما مُسْلماً والآخر ذمياً، فإنه يقضىٰ به للمسلم، ولو كانا مسلمين فأيهما أقام البينة، قضي له به، ولو أقاما جميعاً البينة، قضي له به، ولو أقاما جميعاً البينة، قضي به لهما، ولو لم يُقِيْمَا البينة غير أن أحدهما وصف بعلامات في جسده فأصاب، والآخر لم [يصف][٢]، فإنه يُجْعَلُ ابن الواصف[٣]، ولو لم يصف كل واحد منهما، فإنه يجعل ابنهما جميعاً[٤].

ولو كان المُدَّعِيْ أكثر من اثنين؛ روي عن أبي حنيفة: أنه يجوز إلى خمسة، وقال أبو يوسف: يثبت من اثنين ولا يثبت أكثر من ذلك، وعن محمد أنه قال: أُجَوِّزُ من ثلاثة، ولا أجوز أكثر من ذلك.

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٦٧.

(٢) في أ (يصب) والمثبت من م، والسياق يدل عليه.

(٣) لِمَا قال الله تعالىٰ: ﴿إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ﴾ [يوسف: ٢٦]، قال الجصاص: (فحَكَم بصدق الصادق منهما بالعلامة الدَّالة على صدقه) ٤/ ٧١.
انظر: خزانة الفقه ص٢٥٢.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٤١.

[ادِّعَاءُ المَرْأَة بِبُنُوَّة اللَّقِيْطِ]

ولو كان الملتقط امرأة فادعت أنه ابنها، فإنه لا تصح دعواها إلا بتصديق الزوج، أو بقيام البينة[١]؛ لأن فيه [حمل النسب][٢] على الغير بخلاف الرجل، وقد ذكرناها في كتاب الفرائض بجملته بعد هذا.

ولو كانت المدعية امرأتين فأقامت كل واحدة منهما البينة، قال أبو حنيفة: يجعل ابنهما، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يكون ابناً لواحدة منهما، ولو أقامت إحداهما البينة دون الأخرىٰ، فإنه يجعل ابن التي أقامت البينة، ولو أقامت إحداهما رجلين، والأخرىٰ امرأتين، فإنه يجعل ابن التي شهد لها رجلان.

[ادِّعَاءُ كَافِرٍ بِبُنُوَّة لَقِيْطٍ]

ولو أن الملتقط كان كافراً، أو المصر مصر الكفار / ، فاللقيط كافر، ولو مات [١٩٩-أ]
لا يُصَلَّىٰ عليه، ولو كان الملتقط مُسلماً، أو المصر مصر المسلمين، فاللقيط مسلم، ولو مات يُصَلَّىٰ عليه.

ولو كان المكان بخلاف الملتقط فقد اختلفت الروايات: في رواية كتاب اللقيط: اعتبر المكان، وفي رواية كتاب الدعوىٰ: اعتبر الإسلام، أيهما كان مسلماً، وفي رواية ابن سماعة عن محمد: أنه اعتبر الواجد.

---

(١) وعبارة الطحاوي: (وإن ادعته امرأة أنه ابنها، لم تصدق [حتى تشهد امرأة على الولادة]، فإن ادّعت أنه ابنها من زوج، وصَدَّقَها الزوج على ذلك، قضىٰ به لهما، وجعل ابنهما)، المختصر ص١٤١.

(٢) في أ (حملًا) والمثبت من م.

[نفقة اللَّقيط]

ثم نفقة اللقيط تجب في بيت المال إن لم يكن له مال، ولو وُجِدَ اللقيط ومعه مال، فالمال يكون للقيط، وينفق عليه من ذلك، والمنفق عليه في ذلك المال متصدق في نفقة مثله في مثل تلك المدة، ولو لم يكن معه مال، غير أن الملتقط، أو غيره أنفق عليه، إن كان بإذن القاضي لا يكون متبرعاً، ويرجع عليه، وإن كان بغير إذن القاضي كان متبرعاً، ولا يرجع عليه[1].

[والله سبحانه وتعالىٰ أعلم بالصواب].

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٤١؛ شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٦٧ وما بعدها.

كتاب الفرائض[1]

[ما يُبْدَأ بالتَّرِكَةِ قَبْلَ المِيْرَاثِ]

قال رضي الله عنه: الرجل إذا مات فإنه يبدأ من تَرِكَتِهِ بالأقوىٰ فالأقوىٰ: يبدأ أولًا بالكَفَنِ، والحَنُوط، وكلما يحتاج إلى تجهيز الميت، ثم بالدَّيْنِ الذي ثبت في حال الصِّحَّةِ، ثم بدَيْن المَرَضِ، [ودين المرض]: ما ثبت بالإقرار، وما ثبت بالمُعَايَنَة، أو بإقامة البينة، فهو ودَيْن الصحة سواء، ثم بالوصية، ثم بالميراث.

[خِصَالُ اِسْتِحْقَاقِ المِيْرَاثِ]

ثم الميراث إنما يستحق بإحدىٰ خصال ثلاثة: بالنسب: وهو القرابة، والسبب: وهو الزوجية، والولاء: وهو على ضربين: ولاء عتاقة، وولاء موالاة، وفي كل واحد منهما يرث الأعلىٰ من الأسفل، ولا يرث الأسفل من الأعلىٰ إلا إذا شرط فقال: إن متّ -في دين الصحة- فمالي ميراث لك، فحينئذٍ يرث الأسفل من الأعلىٰ.

ثم ولاء العتاقة مؤخر عن العَصَبَةِ، ومقدَّم على ذَوي الأرحام، ومولىٰ الموالاة مؤخر عن ذوي الأَرْحام.

---

(١) (الفرائض في اللغة: جمع فريضة، وهي مشتقة من الفرض: وهو التقدير.

وفي الشرع: ما يثبت بدليل قطعي لا شبهة فيه، فقد اشتمل على المعنىٰ اللغوي والشرعي، وإنما خصّ بهذا الاسم؛ لأن الله سبحانه وتعالىٰ سمَّاه فقال بعد القسمة: ﴿فَرِيضَةً مِّنَ ٱللَّهِ﴾ [النساء: ١١])، اللباب (مع الجوهرة) ص٣٨٧.

(اما علم الفرائض: فهو علم بأصول من فقه وحساب، تُعرِّف حق كل ذي حق من التركة)، معجم المصطلحات الفقهية ص ٢٦٦.

[من مَوَانِع الإِرْث: القَتْلُ]

ويحرم الميراث بأحد معانٍ ثلاث: بالقتل، والرق، واختلاف الدَّارَين(١).

أما القتل فإنه لا يرث القاتل من المقتول(٢)، لا من الدية ولا من غيرها(٣)، والأصل فيه: أن كل قتل يتعلق به وجوب القصاص أو الكفارة، فإنه يمنع الميراث، وأما كل قتل لا يتعلق به وجوب القصاص ولا الكفارة، فإنه لا يمنع الميراث.

وأما القتل الذي يتعلق به وجوب القصاص: فهو أن يقتل عمداً بالحديد، أو [بما] يعمل عمل الحديد.

وأما القتل الذي يتعلق به وجوب الكفارة: فهو أن يقتله بالمباشرة، أو يطأ بدابته المورث وهو راكب، أو ينقلب في النوم على مورثه فيقتله.

ولو سقط عليه من السطح فقتله، أو سقط من يده حجر على المورث فقتله، فهذا كله قتل بالمباشرة، ويجب فيه الكفارة، ويوجب حرمان الميراث إن كان مورثاً، والوصية إن كان أجنبياً.

[القَتْلُ الَّذِي لاَ يَمْنَعُ الْمِيْرَاثَ]

وأما القتل الذي لا يتعلق به وجوب القصاص ولا الكفارة: فهو أن الصَّبِيَّ أو المجنون إذا قتل مُوَرِّثَه لا يمنع الميراث؛ لأنه لا يجب القصاص ولا الكفارة، وكذلك إذا قتل مورثه بالسبب، كما إذا شرع جناحاً على قارعة الطريق فسقط

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص٦٠٧ (مع الترجيح).

(٢) وعبارة المختصر: (ولا يرث القاتل عمداً ولا خطأً من المقتول، مالًا ولا ديَةً) ص١٤٧.

(٣) وذلك لما رُوي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (لا ميراث لقاتل) الترمذي بلفظ: (القاتل لا يرث)، وقال: لا يصح ولا يُعرف إلا من هذا الوجه، (٢١٠٩)؛ وابن ماجه (٢٦٤٥)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٦/ ٢٢٠؛ والدارقطني ٤/ ٩٦. (والدية ميراث عن المقتول، فهي داخلة في العموم)، كما قال الجصاص في شرح المختصر ٤/ ٧٣.

على مورثه، أو حَفَر بئراً على قارعة الطريق فوقع مورثه فيها ومات، فإنه لا يمنع الميراث، وكذلك لو ألقىٰ حجراً على قارعة الطريق فتعلق به المورث فوقع فمات، وكذلك لو ساق دَابَّةً أو قادها فأوطأ مورثه فمات، أو قتله قصاصاً أو رَجْماً فمات، فإنه لا يمنع الميراث، وكذلك لو مال حائطه فأشهد عليه أو لم يشهد عليه، حتى سقط على مورثه فمات، وكذلك لو وجد مورثه قتيلاً في داره، فإنه يجب فيه القَسَامَة والدِّيَة ولا يمنع الميراث.

وكذلك لو قتل العادِلُ الباغيَ وهو مورثه، لا يمنع الإرث لما ذكرنا أنه لا يوجب القصاص ولا الكفارة في هذه المواضع كلها.

وأما إذا قتل / الباغي العادلَ وهو مورثه، فهو على وجهين: إن قال: قتلت وأنا [١٩٩-ب] على الباطل، والآن أنا أيضاً على الباطل، فإنه لا يرث بالإجماع، ولو قال: قتلت وأنا على الحق، وأنا الآن أيضاً على الحق، فعلىٰ قول أبي حنيفة ومحمد: يرث؛ لأن هذا قتل لا يوجب القصاص ولا الكفارة، فأشبه القتل بالرجم، والقصاص، والردة وأشباه ذلك، وقال أبو يوسف: يرث لأنه قتله بغير حق.

[المِيْرَاثُ فِيْ قَتْلِ الاِبْنِ لِلأَبِ]

الابن إذا قتل أباه عمداً أو خطأً، فإنه لا يرث؛ لأنه يجب القصاص في العمد، والكفارة في الخطأ، والأب إذا قتل ابنه، فإنه لا يرث، ولا يشكل؛ لأن الكفارة تجب، ولو قتله عمداً، فإنه لا يجب القصاص ولا الكفارة، ومع ذلك يمنع الميراث.

ويشكل على الأصل الذي ذكرنا، إلاّ [أنّا نقول]: وجب القصاص هاهنا، إلا أنه سقط لشبهة الأبوة.

[الرِّقُّ مِنْ مَوَانِعِ الإِرْثِ]

وأمَّا الرِّقُّ: فهو أن كل من كان في رقبته شيء من الرِّقِّ، فإنه لا يرث نحو: المُدَبَّرِ، وأُمِّ الولد، والمُكاتَب، فإنه لا يرث ولا يورث عنه، إلا المكاتب، فإنه إذا مات عن وفاء، يُؤَدَّىٰ كتابته، ويحكم بحريته قبل موته بلا فصل، وما فضل يكون ميراثـًا بين ورثته على فرائض الله تعالىٰ.

وأما المُسْتَسْعَىٰ فإنه ينظر: إن كان يسعىٰ لفكاك رقبته فهو في حكم المكاتب في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وفي قولهما: حكمه حكم حُرٍّ عليه دَيْنٌ، وإن كان لا يسعىٰ لا لفكاك رقبته، ولكن بحق في الرقبة، فإنه يرث ويورث عنه بالإجماع، كعبد الرهن إذا أعتقه الراهن وهو معسر، فإن العبد يسعىٰ في قيمته، ثم يرجع بذلك على الراهن، وهو في هذه الحالة يرث ويورث عنه.

[إِرْثُ الكَافِرِ مِنَ المُسْلِمِ]

وأما اختلاف الدَّارَيْن(١): أنه لا يرث الكافرُ من المسلم، ولا المسلمُ من الكافر لقوله عليه الصلاة والسلام: (**لا يتوارث أهل ملتين شتَّىٰ**) (٢)، ولا يرث الحربي من الذِّمي، ولا الذِّمي من الحربي، وبعض أهل الذمة يرث من بعض، وكذلك أهل الحرب كلهم ملة واحدة، إلا إذا [كانت مللهم مختلفة](٣)، ودارهم مختلفة، فإنه لا يرث بعضهم من بعض(٤).

---

(١) في م (الدين). انظر: مختصر الطاوي ص١٤٢؛ خزانة الفقه ص٣٤٤؛ الحاوي القدسي ٢/ ٤٨٤.

(٢) أخرجه أبو داود (٢١٩٩)؛ والحاكم في المستدرك وصححه ٢/ ٢٤٠، ووافقه الذهبي على تصحيحه؛ انظر: التخليص الحبير ٣/ ٨٤.

وفي الصحيحين: (لا يرثُ المسلمُ الكافرَ)، البخاري (١٥٨٨)؛ ومسلم (١٦١٤).

(٣) في أ (إذا كان ملكهم مختلفًا) والمثبت من م.

(٤) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٧٥، ٧٦.

[مِيرَاثُ المُرْتَدِّ]

والمرتد لا يرث من المسلم، ولا من الذمي، ولا من مرتد مثله، ولو قُتِلَ المرتد، أو لحق بدار الحرب (وقضىٰ القاضي بلحوقه بدار الحرب)[١]، فإنّ ماله ترثه ورثته المسلمون عند علمائنا[٢]، وعند الشافعي: يكون فيئاً كمال الحربي[٣]، سواء كان ذلك المال اكتسبه في حال الردة أو حال الإسلام، وعند أبي يوسف ومحمد: كسب الإسلام وكسب الردة سواء، ترثه ورثته المسلمون، وأبو حنيفة رحمه الله فرق بينهما فقال: كسب الردة فَيْء، وكسب الإسلام موروث[٤].

[أَصْنَافُ الوَرَثَةِ]

ثم الورثة على أصناف ثلاثة: أصحاب الفروض، والعَصَبَات، وذووا الأَرْحَام:

فأما أصحاب الفروض: فهم الذين لهم سهام معلومة إما بالكتاب أو بالسنة.

وأما العَصَبَة: فهم الذين لا يفارقهم الذَّكَر في نَسَبِهم إلى الميت.

وما عدا هذين الصنفين: فهم ذووا الأرحام.

أَوَّلًا يعطىٰ أصحاب الفروض فروضهم، والباقي يصرف إلى العَصَبَة، وإن لم تكن عصبة، فإنه يُرَدُّ عليهم، إلاَّ الزوج والزوجة، فإنه لا يُرَدُّ عليهما.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١٤٢.

(٣) قال النووي: (ولا يَرِثُ مُرتَدٌّ ولا يُورَثُ)، المنهاج ص ٣٤٤.

(٤) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٧٧.

[التَّوَارُثُ بَيْنَ المِيِّتَيْنِ مَعًا]

قال: (**وإذا غرق المتوارثان، أو ماتا تحت هدم، أو بما سوىٰ ذلك، وجهل تَقَدُّمُ موت أحدهما [بعينه] على الآخر**)(١): كالأب والابن إذا ماتا ولا يُدْرَىٰ أيهما مات أولاً، فإنه لا يرث أحدهما منصاحبه(٢)، ولكن ميراث كل واحد منهما لورثته الأحياء، مال الأب لورثة الأب غير الابن، ويجعل كأن لم يكن له ابن، ومال الابن لورثة الابن غير الأب، ويجعل كأن لم يكن له أب.

[مَنْ لا يَحْجُب]

قال: (**وممن لم يرث [بحال]، لم يَحْجُبْ**)(٣): [كالابن إذا كان قاتلاً(٤)، أو عبداً، أو كافراً، فإنه لا يرث من الأب ولا من غيره من المسلمين، ولا يحجب] الغير عن الميراث، ووجوده وعدمه سواء، وليس هذا كالاثنين من الأخوة والأخوات، أنهما لا يرثان مع الأب، ومع ذلك يحجبان الأم وينقلانها من الثلث إلى السدس؛ لأنهما من أهل الميراث في الأصل، إلاّ أن الأب يحجبها عن الميراث، ألا ترىٰ أنه لو لم يكن له أب، يكون للأم / السدس، والباقي للأَخَوين، وليس كذلك القاتل [٢٠٠-أ]
والكافر والعبد، فإنهم لا يرثون بحال(٥).

---

(١) تكملة عبارة المختصر: (... منهما، لم يتوارثا، وورثهما من سواهما من الأحياء)، ووضح ذلك المؤلف بأسلوبه. مختصر الطحاوي ص١٤٢.

(٢) (وذلك لأنا نحكم بموتهم معاً؛ إذ لم يكن واحد منهم بأولىٰ بالحكم بتقدم موته من صاحبه)، كما في شرح المختصر ٤/ ٧٩.

(٣) مختصر الطحاوي ص١٤٢.

(٤) في م (عاقلًا) والمثبت الذي يدل عليه السياق.

(٥) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٧٩.

[الأَبُ يَحْجِبُ مَنْ فَوْقَهُ]

قال: (والأب لا يرث معه من فوقه من الآباء، ولا أَحَدٌ من أمهاته)[١].

اعلم بأن الأم تحجب الجدات كلهن من قِبَلِ الأب أو من قِبَلِ الأم، والأب يحجب الجدات من قِبَلِ نفسه، ولا يحجب الجدات من قبل الأم، حتىٰ أن أم الأم تَرِثُ مع الأب، وتقوم هي مقام الأم[٢].

[مِيْرَاثُ الجَدِّ والجَدَّةِ]

والأصل: أن كل جَدٍّ وَجَدَّةٍ، ورث ابنهما أو ابنتهما، فإنه لا ميراث لهما.

وكذلك الجدة الفاسدة لا ميراث لها، والجدة الفاسدة: هي أن يتخلَّل بينهما ذكر: وهي أم أب الأم.

والأصل: أن الجدات متىٰ استوين في الدرجة، استوين في السدس، ولا يزدن على السدس وإن كثرن؛ لأنهن أصحاب فرائض، وفريضتهن إن استوين في الدرجة يكون بينهن، وإن تفاوتن في الدرجة، فإن القربىٰ أولىٰ من البُعدىٰ، سواء كانت القربىٰ من قِبَلِ الأم، أو من قِبَلِ الأب.

قال: ولا ترث مع الأب: الأخوة والأخوات لأب وأم، أو لأب، أو لأم[٣].

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٤٢.

(٢) قال الجصاص: (أما حجبه للجد، فلا خلاف فيه.
ويحجبُ أمَّه أيضاً عندنا؛ لأنه لمَّا حَجَبَ أباه، فحجبُه الأمَّ أَوْلىٰ؛ لأن الأب آكد أمراً في المواريث من الجدِّ) ٤/ ٧٩.

(٣) (وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١]، فجعل جميع الميراث لهما عند عدم الولد، ثم قال: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ [النساء: ١١]، فجعل لها السدس مع الإخوة، والباقي للأب بقوله بدءاً: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ﴾: دلالة ظاهرة في استحقاقهما الميراث عند عدم الولد، سواء كان هناك إخوة أو لم يكن، ففي =

[مَرَاتِبُ الإِخْوَةِ والأَخَوَاتِ]

الإخوة والأخوات على ثلاث مراتب: بنو الأعيان: وهم الإخوة والأخوات لأب وأم.

وبنو العَلاّت[(١)]: وهم الإخوة والأخوات [لأب][(٢)].

[وبنو الأخياف[(٣)]: وهم الإخوة والأخوات لأم].

أما بنو الأعيان[(٤)]، فلا يرثون مع ثلاثة نفر بالإجماع: مع الابن، وابن الابن وإن سفل، ومع الأب، واختلفوا في الجد على ما نذكره.

وأما بنو العَلاَّت، فلا يرثون مع أربعة نفر: مع الابن، وابن الابن وإن سفل، ومع الأب، ومع الذكور من بني الأعيان، واختلفوا في الجد.

وأما بنو الأخياف، فلا يرثون مع أربعة نفر بالإجماع: مع الولد، وولد الابن وإن سفل، ومع الأب، والجد، ويرثون مع بني الأعيان، ومع بني العَلاَّت، والإخوة والأخوات من أب وأم، ينزلون منزلة أولاد الصلب عند عدم أولاد الصلب، ذكورهم مقام ذكورهم، وإناثهم مقام إناثهم، يرثون ما يرثون، ولا يحجبون

= الآية وجهان من الدلالة على صحة ما ذكرنا)، كما في شرح المختصر ٤/ ٨٠.

(١) (بنو العَلاَّت: بنو رجل واحد من أمهات شتَّىٰ (الإخوة لأب))، معجم لغة الفقهاء (العلات). وهذا ما ذكره المطرزي: (الإخوة لأبٍ واحدٍ وأمهات شتّى)، المغرب (عين).

(٢) في النسخ: (لأم)، والمثبت هو الصحيح، كما يؤكدّ ذلك (حديث عليٍّ رضي الله عنه: (يتوارث بنو الأعيان من الإخوة، دون بني العَلاَّت)، أي: يتوارث الإخوة للأب والأم، وهم الأعيان، دون الإخوة للأب إذا اجتمعوا معهم)، كما في النهاية في غريب الحديث والأثر (علل).

(٣) بنو الأخياف: وهم بنو الأم الواحدة لآباء شتّىٰ، يقال: إخوة أخياف (الإخوة لأم). المغرب (خيف).

(٤) بنو الأعيان: الإخوة الأشقاء من الأم والأب.

ما يحجبون؛ لأن الابن والبنت يُحْجِبَان الإخوة والأخوات لأم، والإخوة لا يحجبونهم، والإخوة لأب يقومون مقام أولاد الابن ذكورهم مقام ذكورهم، وإناثهم مقام إناثهم، والإخوة والأخوات لأم هم أصحاب فرائض: للواحد منهم السدس، وللاثنين فصاعداً الثلث، يستوي فيه الذكر والأنثىٰ.

[مِيْرَاثُ المَرْأَةِ بِالوَلاَءِ]

قال: (ولا ترث المرأة بالولاء، إلاَّ مَنْ أَعْتَقَتْ أو أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقَتْ)(١).

النساء لا يَرِثْن بالولاء إلا من أعتقن، أو أعتق من أعتقن، أو كاتبن أو كاتبن من كاتبن، أو جَرَّ وَلاَءَ مُعْتِقِهم(٢).

وبيانه: أنه المرأة إذا اشترت عبداً فأعتقته، فالولاء للمرأة، ولو مات العبد ولا وارث له سوىٰ المُعْتِقَةِ، فميراثه لها، ولو أن ذلك العبد اشترىٰ عبداً بعدما صار حراً، فأعتق المعتق عبده ثم مات العبد الأول، وبقي العبد الثاني، [ثم مات العبد الثاني]، ولا وارث له سوىٰ المُعْتِقَةِ، فإن ميراثه لها؛ لأنها أعتقت من أعتق هذا العبد.

ولو أن رجلاً أعتق عبداً ثم مات الرجل وترك ابناً وابنة، ثم مات العبد وترك مالًا ولا وارث له سوىٰ أولاد المولىٰ، فإن ميراثه يكون لابن المولىٰ (ولا يكون لبنت المولىٰ)(٣).

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٤٧.

(٢) (وذلك لأن الولاء تعصيب، وليس ذلك للمرأة، ألا ترىٰ أن العَمَّ عَصَبة، والعَمَّة مساوية له في النسب، ولا تعصيب لها.
وأما إذا أعتقت هي؛ فلقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (إنما الولاء لمن أعتق) [البخاري (٤٤٤)؛ ومسلم (١٥٠٤)]، ولم يفرِّق بين المرأة والرجل)، كما في شرح المختصر ٤/ ٨٢.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من م.

ولو أن امرأة أعتقت عبداً لها، وللمرأة أخ وابن عم، فماتت المرأة، فميراثها للأخ؛ لأنه أقرب العصبات إليها، ولو أن العبد المعتق مات بعد ذلك ولا وارث له، فميراثه لأخ المرأة أيضاً؛ لأنه أقرب عصبة إلى مولىٰ العتاقة.

وبمثله لو أن هذا الأخ أعتق عبداً، وللأخ هذه الأخت وابن العم، فمات الأخ وترك مالاً، فإن للأخت من ماله النصف، والباقي لابن العم بالعصوبة، ولو مات المعتق بعد ذلك ولم يترك وارثاً، فإن ميراثه كله لابن العم، ولا يكون للأخت من ذلك شيء لما ذكرنا.

وأما جر ولاء معتقهن: أن المرأة إذا زوّجت عبدها امرأة، فولدت ولداً، فإن الولد يثبت نسبه من العبد وهو حر؛ لأن الولد يتبع الأم في الرِّقّ والحُرِّيَّة، فالولد يكون حراً، وولاؤه/ يثبت من مولىٰ الأم، حتى أنه لو مات الولد، فإن ميراثه يكون [٢٠٠-ب]
لمولىٰ الأم، ولا يكون للمرأة، فلو أن المرأة أعتقت عبدها، فإنّ الأب حُرٌّ، وولاء ولده إلى نفسه، وإلى مولاته، والمرأة جَرَّتْ ولاء معتقها إلى نفسها، فبعد ذلك لو مات الابن ولا وراث له، كان ميراثه لأبيه، وإن لم يكن له أب فللمرأة التي أعتقت أباه.

[والله أعلم بالصواب].

كتاب قِسْمَة المِيرَاثِ

[مِيْرَاثُ الزَّوْجِ]

قال أبو جعفر رحمه الله تعالىٰ: (للزوج النِّصْفُ من تَرِكَةِ زوجته إذا لم يكن لها ولد)(١).

الزوج له حالان: إما النِصْفُ، وإما الرُّبُعُ، فإن كان معه ولد للميتة، أو ولد ابن وإن سفل، من هذا الزوج أو من غيره، فله الربع، وإن لم يكن واحد ممن ذكرنا، فله النصف(٢)، لا يزاد على النصف بحال؛ لأنه لا يُرَدُّ عليه، ولا ينقص من الربع إلا في حالة العَوْلِ.

[مِيْرَاثُ الزَّوْجَةِ]

والمرأة لها حالان: إمَّا الرُّبُعُ، وإمَّا الثُّمُنُ، فإن كان معها ولد للميت منها أو من غيرها، أو وَلَدُ ابنٍ وإن سفل، فلها الثمن، وإن لم يكن واحد ممن ذكرنا، فلها الربع، لا يزاد على الربع بحال؛ لأنها لا يُرَدّ عليها، ولا ينقص عن الثمن إلا في حالة العَوْل(٣).

والمرأة الواحدة، والثنتان، والثلاثة، والأربع سواء في الرُّبُع أو الثُّمُنِ؛ لأن

---

(١) تكملتها: (... ولا ولد ابن قرب منها أو بعد، فإن كان لها ولد، أو ولد ابن، فله الربع من ميراثها)، مختصر الطحاوي ص١٤٢.

(٢) (وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿۞ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ ٱلرُّبُعُ﴾ [النساء: ١٢]، واسم الولد يتناول ولد الابن). شرح المختصر ٤/ ٨٣.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص١٤٣؛ وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ ٱلثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم﴾ [النساء: ١٢].

ميراث النساء لا يكثر بكثرة النساء، ولا يقل بقلتهن، بخلاف المهر(١).

[مِيْرَاثُ الأُمِّ]

والأُمُّ لها حالان: إما الثُّلُثُ، وإما السُّدُسُ، فإن كان معها ولد للميت أو ولد ابن وإن سفل، أو اثنان من الإخوة والأخوات، فلها السدس، وإن لم يكن واحد ممن ذكرنا فلها الثلث، لا تزاد عليه إلا في حالة الرَّدِّ، ولا تنقص عن السدس إلا في حالة العَوْل(٢).

هذا هو الجواب في الفصول كلها إلا في حالتين:

أن لها ثلث ما بقي: الرجل إذا مات وترك: امرأة، وأبوين: فللمرأة الربع، وللأم ثلث ما بقي، وما بقي للأب.

والثانية: امرأة ماتت وتركت: زوجاً، وأبوين: فللزوج النصف، وللأم ثُلُثُ ما بَقِيَ، وما بقي فللأب(٣)، هذا في قول علمائنا، وهو قول عَليٍّ وزَيْدٍ [رضي الله عنهما].

وقال عبد الله بن عباس رضي الله عنه في المسألتين جميعاً: للأُمِّ ثلث المال كاملًا، وما بقي فللأب. ولو كان مكان الأب جَدٌّ، فللأم ثُلُثُ المال كاملاً بالإجماع.

---

(١) (وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكۡتُمۡ﴾، فلم يجعل لجماعتهن أكثر من الربع). شرح المختصر ٤/ ٨٤.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١٤٣؛ (وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَلِأَبَوَيۡهِ لِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٞۚ فَإِن لَّمۡ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٞ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ﴾ [النساء: ١١].

فجعل لها السدس مع الولد، واسم الولد يتناول ولد الابن، وكذلك مع الإخوة، واسم الإخوة يتناول الاثنين منهم فصاعداً).

(٣) (وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١]، فأوجب لها الثلث عند عدم الولد، وأوجب الثلثين للأب، فإذا استحق الزوج النصف، صار كأن الميراث لم يكن إلا الباقي، فوجب أن يستحقا على الثلثين والثلث، كما كانا يستحقانه قبل دخول الزوج في الميراث بعموم اللفظ)، كما في شرح المختصر ٤/ ٨٥.

[مِيْرَاثُ الأَبِّ]

وللأب ثلاث أحوال: في حال هو عَصَبَةٌ، وفي حال هو صاحب فَرْضٍ، وفي حَالٍ كلاهما.

أما في الحالة التي هو فيها عَصَبَةٌ: فهو أن يموت الرجل ويتركَ: أبـًا، فإن المال كله له.

وأما الحالة التي هو فيها صاحب فرض: فهو أن يموت الرجل ويترك أبـًا، وابنـًا: فللأب السدس، والباقي للابن.

وأما الحالة التي هو فيها كلاهما: فهو أن يموت الرجل ويترك: أبًا، وابنة، فللأب السدس بالفريضة: وللبنت النصف، وما بقي كان للأب بالعصوبة.

[مِيْرَاثُ البَنَاتِ]

وللبنت الواحدة النصف، وللبنتين الثلثان، وكذلك ما فوقهما.

ولو كان مع الواحدة، أو الاثنتين، أو أكثر ابن صلب، سقط اعتبار النصف والثلثين، وصِرْنَ عَصَبَةً، والمال بينهم للذكر مثل حظ الانثيين(١).

ولبنت الابن أو بنات الابن مع بنت الصلب السدس، تكملة الثلثين وإن كثرن، ولا شيء لبنات الابن مع ابنتي الصلب، إلاّ إذا كان معهن ذكر، فحينئذٍ تصرن عصبة، والباقي من المال للذكر مثل حظ الأنثيين.

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٤٣؛ (وذلك بنصِّ التنزيل، وهو قول الله تعالىٰ: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ۚ فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ۖ وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ ۚ﴾ [النساء: ١١]).

[وَلَدُ الابْنِ كَوَلَدِ الصُّلْبِ]

ثم اعلم بأن أولاد الابن يقومون مقام أولاد الصلب عند عدم أولاد الصلب: ذكورهم مقام ذكورهم وإناثهم مقام إناثهم، يرثون ما يرثون، ويحجبون ما يحجبون، ومع أولاد الصلب لا يرثون إلاّ إذا كانوا أولاد الصلب بناتـًا، وأولاد الابن مختلطين بالذكور، فيرثون على ما ذكرنا(١).

[مِيرَاثُ بَنَاتِ الابْنِ]

والأصل في بنات الابن: أنهنّ يرثن الأقرب فالأقرب، فإن كُنَّ في الدرجة الأولى [واحدة استحقت النصف، و]اثنتين أخذن الثلثين، والباقي للعصبة، ويسقطن الباقيات، إلا أن يكون مع الواحدة من الباقيات ذَكَر، فحينئذٍ تصرن / [٢٠١-أ] عصبة، فيكون الباقي من نصيب العلياوين، أو العلياء والتي تليها بينهما يردّان على من فوقهما، وعلى من [تحتهما] بحيالهما للذكر مثل حظ الانثيين.

وبيانه: رجل مات وترك: ثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض: فللعلياء من بنات الابن النصف، وللتي تليها هي الوسطىٰ من بنات الابن السدس تكملة الثلثين، ولا شيء للسفلىٰ؛ لأنه قد استوفيَ حصة البنات: وهو الثلثان، ولو كان مع السفلىٰ غلام، أو أسفل من السفلىٰ غلام، فالباقي للغلام مع السفلىٰ من بنات الابن للذكر مثل حظ الاثنين.

ولو ترك: بنتـًا، وثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض: فللبنت النصف، وللتي تليها وهي العليا من بنات الابن السدس تكملة الثلثين، ولا شيء للوسطىٰ والسفلىٰ.

ولو كان مع السفلىٰ غلام أو أسفل من السفلىٰ غلام، فإن الباقي يكون للغلام، وللسفلىٰ والوسطىٰ من بنات الابن للذكر مثل حظ الاثنين.

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٤٣، ١٤٤.

ولو [ترك:] ابنتين وثلاث بنات ابن، بعضهن أسفل من بعض: فللبنتين الثلثان، ولا شيء لبنات الابن.

ولو كان مع السفلىٰ غلام، فالباقي للغلام، يَرُدُّ على من فوقه من بنات الابن، بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

فلو كان مع الوسطىٰ غلام، يردان على من فوقهما، بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، ولو كان مع العليا غلام، فالباقي بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين.

ولو ترك: ثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض، وثلاث بنات ابن [ابن]، بعضهن أسفل من بعض: فللعليا من بنات الابن النصف، وللتي تليها وهي الوسطىٰ من بنات الابن[1]، والعليا من بنات ابن الابن السدس تكملة الثلثين، ويسقطن الباقيات، فإن كان مع السفلىٰ من بنات ابن الابن غلام، فإنّ الباقي للغلام والسفلىٰ تردان على من فوقهما، ومن فوقهما الوسطىٰ من بنات ابن الابن، والسفلىٰ من بنات الابن، وليس بحيالهما أحد.

ولو ترك ثلاث بنات ابن ابن بعضهن أسفل من بعض، وثلاث بنات ابن ابن ابن بعضهن أسفل من بعض: فللعليا من بنات [ابن] الابن النصف، وللتي تليها: وهي [الوسطىٰ][2] من بنات ابن الابن و[العليا][3] من بنات [ابن ابن] الابن السدس تكملة الثلثين، ويسقطن الباقيات.

فإن كان مع السفلىٰ من بنات ابن الابن غلام، أو أسفل منها غلام، فإنّ الباقي للغلام، والسفلىٰ (من بنات ابن ابن الابن)[4] يردان على من فوقهما وهي الوسطىٰ

(١) والجملة الأخيرة مكررة في أ.

(٢) في أ (العليا) والمثبت من م.

(٣) في أ (الوسطىٰ) والمثبت من م.

(٤) ما بين القوسين ساقطة من م.

والعليا من بنات ابن ابن الابن، (والسفلىٰ والوسطىٰ من بنات ابن الابن، والسفلىٰ من بنات [ابن ابن] الابن، وليس بحياتهما أحد.

ولو ترك ثلاث بنات)[1] للذكر مثل حظ الأنثيين.

ولو كان مع السفلىٰ من بنات ابن الابن غلام، فإن الباقي للغلام والسفلىٰ من بنات ابن الابن، ومن بحيالهما الوسطىٰ من بنات ابن ابن الابن، ولا شيء للسفلىٰ من بنات ابن ابن الابن، ولا شيء أيضاً لبنات الابن اللاتي فضل[2] لهن من السدس، فقس هذه المسائل على هذا الاعتبار[3].

[حجْبُ الجدات]

وقال: (**ولا يحجب الجد من الجدّات [أحداً] إلا من كان [منهنّ] من قِبَلِه، وتحجب الأم الجدات من قِبَلِها أو من قِبَلِ الأب**)[4]، وقد ذكرنا.

[ميراث الأخت]

قال: (**وللأخت من الأب والأم النصف، وللأختين فما فوقهما الثلثان**)[5]، هذا إذا لم يخالطهن ذكر، وأما إذا خالطهن ذكر صيَّرته عصبة، وسقط اعتبار النصف والثلثين، ويكون الباقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

والإخوة والأخوات لأب وأم يقومون مقام أولاد الصلب، والإخوة والأخوات لأب يقومون مقام أولاد الابن، فما عرف من الجواب في البنات مع بنات الابن، فهو جوابك في الأخت مع الأب والأم مع الأخوات لأب، فإن كانت الأخت لأب وأم واحدة فلها النصف، والأختان / أو الأخوات لأب السُّدُس، تكملة الثلثين. [٢٠١-ب]

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) في م (حصل لهن).

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص١٤٣، ١٤٤؛ شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٨٦.

(٤) مختصر الطحاوي ص١٤٤.

(٥) المصدر السابق ص ١٤٥.

وإن كانت أختان لأب وأم، فلهما الثلثان، ولا شيء للأخوات لأب إلاَّ إذا كان معهن ذكر، فحينئذٍ صرن عصبة، والباقي بينهم للذكر مثل حَظِّ الأنثيين[١].

[مسألة المُشَرَّكة]

قال: **(ولا مشاركة بين الإخوة والأخوات لأب وأم، وبين الإخوة والأخوات لأم في السدس ولا في ثلث)**[٢].

وإنما أراد بذلك مسألة المشركة: وهي أن امرأة إذا ماتت وتركت: زوجاً، وأماً، وأخاً، وأختاً لأبٍ وأمٍ، وأخاً وأختاً لأم: فللزوج النصف، وللأم السدس، وللأخ وللأخت لأم الثلث بينهما نصفان، ولا شيء للأخ والأخت من الأب والأم، وهذا قول علمائنا[٣]، وهو قول عَلِيٍّ، وزَيْدٍ، وكان عمر بن الخطاب يقول مثل هذا القول، ثم رجع وقال بالشركة، وهو قول الشافعي[٤].

ثم على قول من يُشَرِّكُ: يكون الثلث بينهم بالسَّوِيَّةِ لقرابة الأم، ويستوي فيه الذكر والأنثىٰ.

قال: **(ولا يكون للأخوات من قِبَلِ الأب والأم، ولا من قبل الأب إذا لم يكن معهن ذَكَرٌ عصبة في شيءٍ من الفرائض، إلاَّ مع البنات وإن سفلن)**[٥]، كما إذا مات الرجل وترك: بنتاً، وأختاً لأب وأم: فللبنت النصف، والباقي للأخت من قِبَل الأب

---

(١) انظر: المصدر السابق نفسه. (٢) مختصر الطحاوي ص١٤٥.

(٣) (والحجة لقولنا: إن الزوج له تسمية النصف، فيستحقه، وللأم تسمية السدس، فتأخذه، وللإخوة من الثلث أيضاً بالتسمية، فلا يجوز أن يُشْرك بينهم وبين الإخوة من الأب والأم؛ لأن ذلك يوجب نقصان حظهم عن المسمَّىٰ لهم، وقد سمَّىٰ الله تعالىٰ لهم الثلث بقوله: ﴿فَإِن كَانُوٓاْ أَكۡثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمۡ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢].
ولا خلاف أن المراد بهم: الكلالة: وهم الإخوة أو الأخوات من الأم)، الشرح ٤/ ٨٧، ٨٨.

(٤) انظر: المنهاج ص ٣٤٢. (٥) مختصر الطحاوي ص ١٤٦.

والأم بالعصوبة، وكذلك لو كُنَّ أخوات لأب وأم كان النصف [الباقي بينهنّ](١).

ولو لم تكن أختاً لأب وأم، ولكن كانت أختاً أو أخوات لأب، كذلك الجواب أيضاً، وكذلك لو مات وترك: بنت ابن، وأختاً لأب وأم، وأختاً لأب، فللبنت من الابن النصف، والباقي للأخت من الأب والأم بالعصوبة، وليس هذا كما إذا ماتت المرأة وتركت: زوجاً، وأختاً لأب وأم: فللزوج النصف، وللأخت النصف بالفريضة لا بالعصوبة(٢).

ولو كانت أختان: لهما الثلثان ويُعَوَّلُ الحساب، ولا يكون لهما الباقي؛ لأن الأخت لا تصير عصبة، إلاّ مع البنات، أو مع بنات الابن.

[الإِنَاثُ تَكُونُ عَصَبَةً]

ثم الإناث لا يصرن عصبة إلا في ثلاثة مواضع: أحدها: الأخوات مع البنات، والثاني: إذا خالط الإناثَ ذَكَرٌ، والثالث: مولاة العتاقة.

[الذُّكُورُ يَرِثُوْنَ بِالفَرِيْضَةِ]

والذكور لا يرثون بالفريضة إلا في ثلاثة مواضع: أحدها: الزوج يرث بالفريضة، والأخ من الأم صاحب فريضة، والأب، والجَدُّ في حال عدم الأب مع الولد(٣).

[والله أعلم بالصواب].

---

(١) في أ (للباقي منهنّ) والمثبت من م.

(٢) انظر: المصدر السابق نفسه.

(٣) وأصحاب الفرائض من الرجال: الزوج، الأب، الجد، والإخوة لأم.

ومن النساء: الزوجة، الأم، الجدة، البنت، وبنت الابن، الأخت الشقيقية، والأخت لأب، والأخت لأم.

باب [العَصَبَة](١) (٢)

أصل الباب قول رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: (**ألحقوا الفرائض بأهلها، فما أبقت فلأولىٰ رجل ذَكَر**) (٣).

---

(١) في أ (القسمة) والمثبت من ج، م.

(٢) العَصَبة والعُصْبَة -واحدة العَصَب-، وعَصَبة الرجل: بنوه وقرابته لأبيه، أي: القرابة الذكور الذين يُدْلون بالذكور، (وقد استعمل الفقهاء العصبة في الواحد، إذا لم يكن غيره؛ لأنه قام مقام الجماعة في إحراز جميع المال)، وفي الفرائض: من ليس له فريضة مُسمَّاة في الميراث، وإنما يأخذ ما أبقىٰ ذوو الفروض.

وتفصيل ذلك: أن العصبة على نوعين: عصبة نسبية، وسببيه.

عَصَبةٌ نَسبِيَّة، بفتح النون والسين، وهي على ثلاثة أنواع:

١. العصبة بنفسه: كلُّ ذكر من أصول الرجل، أو فروعه، أو فروع أبيه، أو فروع جده، لا تدخل في نسبته إليه أُنثىٰ.

2. العصبة بغيره: هُنَّ النسوة اللاتي فَرْضُهُنَّ في الميراث النصف والثلثان، (وهنّ البنات، وبنات الابن، والأخوات)، عندما يكون معهن ذكر من إخوَتهن، فإنهنّ يصرْن عَصَبة به.

3. العصبة مع غيره: هُنَّ كلُّ أنثىٰ تصير عصبة إذا اجتمعت مع أنثىٰ غيرها، وهي الأخت تصير عصبة إذا اجتمعت مع البنت في الميراث.

العصبة السَّببية، وهي على نوعين بحسب سببها:

١. عصبة سببها العتق: كل مَنْ أعتق رقيقاً كان له الولاء عليه، فهو عصبته، وله ميراثه إن لم يكن له وارث (ويسمَّىٰ بمولىٰ العتاقة).

2. عصبة سببها العقد: وهي أن يقول الرجل للرجل: أنت وليِّي ترثني إذا متُّ، وتعقلُ عنِّي إذا جنيتُ (ويسمىٰ بمولى الموالاة).

انظر: المصباح؛ المغرب؛ التوقيف على مهمات التعاريف؛ المعجم الوسيط؛ معجم لغة الفقهاء (عصب).

(٣) أخرجه البخاري (٦٧٣٢)؛ ومسلم (٤٢٢٦) وغيرهما من أصحاب السنن.

[أَقْرَبُ العَصَبَةِ فِي المِيْرَاثِ]

أقرب العصبة: الابن، ثم ابن الابن وإن سفل، ثم الأب، ثم الجد أبو الأب، ثم الأخ لأب وأم عند أبي حنيفة؛ لأن عنده: الجد أولىٰ بالميراث من الأخ على ما نذكره بعد هذا، وعندهما: الإخوة والأخوات يشاركون الجد(١).

[العَصَبَةُ فِي وِلَايَةِ التَّزْوِيْجِ]

-وكذلك هذه الاختلاف: في تزويج الصغير والصغيرة إذا كان لهما جد، وأخ لأب وأم، كانت ولاية التزويج: إلى الجد عند أبي حنيفة، وعندهما: الجد والأخ سواء-.

[تَرْتِيْبُ العَصَبَةِ فِي المِيْرَاثِ]

ثم الأخ لأب وأم، ثم الأخ لأب، ثم [ابن] الأخ لأب وأم، ثم ابن الأخ لأب وأولادهما، على هذا الترتيب، ثم العم لأب وأم، ثم العم لأب وأولادهما، على هذا الترتيب، ثم عم الأب لأب وأم، ثم عم الأب لأب، ثم ابن عم الأب لأب وأم، ثم ابن عم الأب لأب وأولادهما على هذا الترتيب، ثم عم الجد لأب وأم، ثم عم الجد لأب، وكذلك على هذا الترتيب، ثم مولىٰ العتاقة: وهو أقرب العصبات مقدم على ذوي الأرحام في قول أصحابنا، وهو قول زيد بن ثابت(٢).

ومولىٰ الموالاة أبعد الورثة مؤخر عن ذوي الأرحام.

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٤٧.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١٤٧؛ خزانة الفقه ص٣٤١؛ شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٩٢.

بَابُ [مِيْرَاثُ] الجَدِّ

[مِيْرَاثُ الإِخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ مَعَ الْجَدِّ]

أجمعوا أن الإخوة والأخوات بأجمعهم لا يرثون مع الأب، وأما مع الجَدِّ اختلفوا فيه:

قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ: لا يرثون أيضاً مع الجد[١]، وهو مذهب أبي بكر الصديق رضي الله عنه[٢]، وجماعة من الصحابة رضي الله عنهم.

وقال أبو يوسف، ومحمد: يرث، وهو مذهب زيد: أن / الإخوة والأخوات [٢٠٢-أ] لأب وأم، أو لأب، يشاركون الجد[٣].

---

(١) (وجه قول أبي حنيفة في ذلك: قول الله تعالىٰ: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ [النساء: ١١].

واسم الأب يتناول الجد، قال الله تعالىٰ: ﴿مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَٰهِيمَ﴾ [الحج: ٧٨]، فلما تناول الاسم، أوجبت الآية الثلثين مع الأم من غير إخوة، وإذا كان معهما إخوة، فله خمس أسداس.

ودليل آخر: وهو أن الجَدَّ له وِلادَة وتعصيب، فصار كالأب، فلما كان الأب أولىٰ بالميراث من الأخ، من حيث كان له وِلادة وتعصيب، وَجَب أن يكون الجد بمثابته؛ لوجود هذه العلة)، الشرح ٤/ ٩٥.

(٢) وعثمان، وعائشة، وأربعة عشر من أصحاب رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، رضي الله تعالىٰ عنهم، وأخذ بهذا القول جمع غفير من التابعين، وهو قول أبي حنيفة -كما ذكر-، وطائفة من الشافعية، وأحمد في أظهر الروايتين، وذكر ابن القيم في ترجيح هذا القول عشرين وجهاً.

انظر: المغني لابن قدامة ٩/ ٦٦؛ شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٩٧؛ حاشية ابن عابدين ٦/ ٧٧٤؛ أعلام الموقعين لابن القيم ١/ ٣٧٤.

(٣) أي: أن الجد لا يسقط الإخوة، بل يرثون معه على كيفيات ستأتي في الكتاب. =

[حَالَاتُ الْجَدِّ مَعَ الإِخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ]

ولكن كيف يشاركونه؟ ينظر إلى ثلث جميع المال، وإلى المقاسمة، فإن كان الثلث خيراً للجد يعطىٰ الثلث، وإن كانت المقاسمة خيراً له، فإنه يقاسم.

وبيانه: أن يموت الرجل ويترك: جداً، وأخاً لأب وأم، فإن المال بينهما نصفان، والمقاسمة خير له من الثلث.

ولو ترك: جداً، وأخوين، فإن الثلث والمقاسمة هاهنا سواء.

ولو ترك: جداً، وثلاثة إخوة، فالثلث هاهنا خير له من المقاسمة؛ لأنه بالمقاسمة يحصل له الربع، فيعطىٰ له الثلث، والباقي بين الإخوة بالسوية، وكذلك إذا زادت الإخوة فعلىٰ هذا.

ولو كان مع الجد أخت لأب وأم، أو لأب، فالمال بين الجد والأخت: للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأن زيد بن ثابت يجعل الجد بمنزلة الأخ، فصار كالأخ مع الأخت.

ولو ترك: جَدّاً، وأختين، فللجد النصف، والمقاسمة خير له.

ولو ترك: جَدّاً وثلاث أخوات، فالمقاسمة خير له أيضاً، يقسم المال بينهم أخماساً: للجد سهمان من خمسة، وذلك أكثر من الثلث، وثلاثة أسهم للأخوات.

ولو ترك: أربع أخوات، وجَدّاً، فهاهنا المقاسمة والثلث سواء، فيعطىٰ للجد: الثلث، والثلثان للأخوات.

ولو ترك: جداً، وخمس أخوات، فهاهنا الثلث خير للجد؛ لأنه بالمقاسمة

= وهو مروي عن علي بن أبي طالب أيضاً، مع زيد بن ثابت رضي الله عنهم، وهو قول مالك، والشافعي، وأحمد في المشهور عنه.

انظر: حاشية ابن عابدين ٦/ ٧٨١؛ حاشية الدسوقي ٤/ ٤٦٢؛ المهذب ٢/ ٣١؛ الإنصاف ٧/ ٣٠٥؛ المغني ٩/ ٦٧.

ينتقص من الثلث نصيبه، فيعطىٰ الثلث، والباقي [بين] الأخوات بالسوية، وإن زدن فعلىٰ هذا القياس.

ولو ترك: جداً، وأخاً، وأختاً لأب وأم، فالمال بين الجد والأخ والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأن المقاسمة خير له من الثلث، لأن المال يقسم بينهم أخماساً: سهمان للجد، وذلك أكثر من الثلث، وسهمان للأخ، وسهم للأخت.

ولو كان مع الجد: أخ، وأختان، فالثلث والمقاسمة سواء.

ولو كانا: أخوين لأب وأم، وأختاً مع الجد، فالثلث هاهنا خير له: يعطىٰ الجد الثلث، وما بقي بين الإخوة والأخوات، للذكر مثل حظ الأنثيين، وكذلك على هذا القياس وإن كثروا.

وما عرفت من الجواب في الإخوة والأخوات لأب وأم مع الجد، فهو جوابك في الإخوة والأخوات لأب مع الجد، إذا لم يكن هناك إخوة وأخوات لأب وأم.

ولو مات وترك: جَدّاً، وأخاً لأب وأم، وأخاً لأب، فإن الأخ لأب لا يرث مع الأخ لأب وأم، ولكن يدخل في الميراث لمضرّة الجد، ثم يخرج منه بغير شيء، فهاهنا لَمَّا ترك: أخاً لأب وأم، وأخاً لأب، وجد، فإن الأخ لأب يدخل مع الجد؛ لأنه وارث في حق الجد وإن لم يكن وارثاً في حق الأخ لأب وأم، فيكون الثلث والمقاسمة سواء، فيعطىٰ الجد: الثلث، والثلثان للأخوين لكل أخ ثلث، ثم ما أصاب الأخ لأب، يكون للأخ لأب وأم، وهذا كما يقول في الأخوين مع الأب، ينقلان الأم من الثلث إلى السدس، ومع ذلك لا يرثان مع الأب، و[إنما] يدخلان لمضرة الأم، فكذلك هاهنا.

ولو ترك: جداً، وأخوين لأب وأم، وأخاً لأب، فهاهنا: الثلث خير للجد، [والثلثان للأخوين من الأب والأم، ولا شيء للأخ من قبل الأب.

ولو ترك: جدًّا، وأخًا، وأختاً لأب وأم، [وأخاً لأب]، فالثُّلُثُ هاهنا: خير للجد] فيعطىٰ له ذلك، والباقي بين الأخ والأخت لأب وأم، للذكر مثل حظ الأنثيين، ويخرج الأخ من الأب بغير شيء، وإنما أدخل لمضرة الجَدِّ لا غير.

ولو ترك: جداً، وأختاً لأب وأم، وأخاً لأب، فللجد هاهنا: خُمُسَا المال، والمقاسمة خير له من الثلث: سهمان للجد، وسهمان للأخ من قِبَلِ الأب، وسهم للأخت للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأن زيداً إنما يعطي للأخت مع الجَدِّ على سبيل العُصُوبة، إلّا في مسألة الأكدرية(١)، فإنه يجعل الأخت هناك صاحبة فرض على ما نذكره.

ثم الأخ من الأب يَرُدُّ على الأخت من الأب والأم إلى تمام النصف: وهو سهم ونصف، حتى / يكون لها نصف المال كاملاً، وما فضل يكون للأخ من الأب: وهو نصف سهم. [٢٠٢-ب]

ولو ترك: جداً، وأختين لأب وأم، وأخاً لأب، فهاهنا الثلث والمقاسمة سواء، فيعطىٰ: الجد ثلث المال، وهو سهمان، (والأختان سهمان لكل واحدة منهما سهم، وللأخ من الأب سهمان)(٢)، ويرد ذلك على الأختين لأب وأم، ولا شيء له خلاف الفصل الأول؛ لأن هناك الأخت الواحدة كانت لا ترث أكثر من نصف المال بالفريضة، فتعطىٰ هي نصف المال، والباقي للأخ من الأب، أما هاهنا ترث الأختان الثلثين، ولم يَفْضُلْ من نصيبهما شيء، فلا شيء للأخ من الأب، هذا إذا لم يكن هناك صاحب فرض.

فإن كان مع الجد والأخ صاحبة فريضة، فإنه يعطىٰ فريضته، ثم ينظر إلى ثُلُثِ

---

(١) (الأكدرية: من مسائل الجَدّ؛ لقِّب بذلك؛ لأنه تكدَّر فيها مذهب زيد رضي الله عنه، وقيل: لأن عبد الملك ألقاها على فقيه اسمه أو لقبه: أكدر، وقيل: باسم الميِّت)، المغرب (كدر)، وسيأتي توضيح أكثر في المسألة.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

ما بقي، وإلى سُدُسِ جميع المال، وإلى المقاسمة، ولا ينظر إلى ثلث الباقي وإلى سدس جميع المال، أيهما خير للجد، ثم ينظر [إلى] خيرهما، وإلى المقاسمة، فأيهما يكون خير للجد يعطىٰ له ذلك.

بيانه: رجل مات وترك: بنتًا، وجداً، وأخًا لأب وأم: فللبنت النصف، والباقي للأخ والجد نصفان؛ لأن المقاسمة خير له من ثلث ما بقي، ومن سدس جميع المال.

(ولو كان أَخَوان، والمسألة بحالها، فهاهنا ثلث ما بقي، وسدس جميع المال)[1] سواء.

ولو كان مع الجد والبنت، ثلاثة إخوة، فهاهنا ثلث ما بقي: وهو سدس جميع المال خير للجد من المقاسمة.

ولو ترك: بنتًا، وجداً، وأختًا لأب وأم، فللبنت النصف، والباقي بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأن المقاسمة خير للجد من ثلث الباقي ومن السدس.

ولو ترك: أختين، والمسألة بحالها، فالباقي بين الجد والأختين نصفان؛ لأن القسمة خير له.

ولو كُنَّ ثلاث أخوات، فالمقاسمة خير له أيضًا؛ لأنه يحصل له أكثر من السدس.

ولو كانت أربع أخوات مع الجد، فالمقاسمة هاهنا وثلث الباقي سواء، وكذلك سدس جميع المال، فيعطىٰ [الجد] السدس أو ثلث الباقي، وما بقي بين الأخوات بالسَّوِيَّة.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

ولو ترك: [ابنتين]، وجداً، وأخاً لأب وأم: للاثنتين الثلثان، ويبقىٰ ثلث المال بين الجد والأخ نصفين؛ لأن سدس المال هاهنا خير له من ثلث الباقي، وسدس جميع المال والمقاسمة سواء، فيقسم بينهما لكل واحد سهم.

ولو ترك: اثنتين، وجداً، وأخوين لأب وأم: فللاثنتين الثلثان، وما بقي [وهو] الثلث، يعطىٰ للجد من ذلك سدس جميع المال؛ لأن ذلك خير له من المقاسمة ومن ثلث الباقي؛ لأنه لو قسم الباقي بينهم أثلاثاً ينتقص نصيب الجد من سدس جميع المال، ومن مذهب زيد: أن لا ينقص نصيب الجد عن السدس بحال، وإن زاد الإخوة فعلى هذا القياس.

ولو ترك: اثنتين، وجداً، وأختاً لأب وأم، أو لأب: فللبنتين الثلثان، وما بقي بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأن المقاسمة خير له من السدس ومن ثلث ما بقي.

ولو كان مع الجد أختان، والمسألة بحالها: فالسدس للجد، والسدس لهما؛ لأن المقاسمة هاهنا والسدس سواء، ولو كُنَّ ثلاث أخوات، يعطىٰ الجد السدس، والباقي بينهنّ.

ولو زاد في الفريضة فريضة أخرىٰ: كما إذا مات رجل وترك: ابنتين، وأماً، وجَدّاً، وأخاً لأب وأم، أو أختاً لأب وأم: فإن هاهنا للاثنتين الثلثان بالفريضة، وللأم السدس أيضاً بالفريضة، وبقي سدس المال، فيعطىٰ للجد؛ لأن من مذهب زيد أن لا ينقص نصيب الجد من السدس، ولا شيء للأخ أو الأخت؛ لأن الأخت هاهنا عَصَبَة، وإنما يعطىٰ للعصبة ما بقي، ولم يبقَ هاهنا شيء؛ لأن الأخوات مع البنات عصبة، وزيد بن ثابت لم يجعل الأخت في هذه المواضع صاحبة فريضة، إلا في مسألة واحدة وهي الأكدرية جعل الأخت هناك صاحبة فرض(١).

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٤٧، ١٤٨؛ شرح المختصر ٤/ ٩٤ وما بعدها.

[المَسْأَلَةُ الأَكْدَرِيَّةُ]

وهي: أن المرأة / إذا ماتت وتركت: زوجاً، وأماً، وجداً، وأختاً لأب وأم أو [٢٠٣-أ] لأب، أصل المسألة من ستة: للزوج النصف: ثلاثة، وللأم الثلث: سهمان، وللجد السدس، سهم، ولم يبق هناك شيء للأخت، ولا وجه بأن تشارك الأخت مع الجد في السدس؛ لأنه ينتقص نصيب الجدّ من السدس، ومن مذهبه: أنه لا ينقص نصيب الجَدِّ من السدس، ولا وجه بأن تترك الأخت ولا تعطىٰ شيئاً؛ لأنها صاحبة فريضة هاهنا، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن هناك كانت عصبة، إذ الأخوات مع البنات عصبة، وبخلاف ما قبلها من المسائل؛ لأن هناك نصيب الأخت شيء من المال، وهاهنا لابد أن يوفي عليها حقها، فزيد بن ثابت اضطر إلى أن يَعُوْلَ الحساب، ويزاد عليه قدر نصيب الأخت، والأخت هاهنا صاحبة فريضة، ونصيبها نصف المال: ثلاثة أسهم، فيزاد ثلاثة على ستة أسهم، فيصير كله تسعة أسهم، فيضم نصيب الأخت إلى نصيب الجد فيكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، ونصيب الأخت هاهنا ثلاثة [أسهم]، ونصيب الجد سهم، وذلك بينهما لا [ينقسم] على ثلاثة، فاضرب ثلاثة في تسعة فيكون سبعة وعشرين، فمن ذلك تخرج المسألة: كان للزوج ثلاثة مضروبة في ثلاثة فتكون تسعة، فهي له، فكان للأم سهمان مضروبة في ثلاثة، فذلك ستة، فهي لها، فقد ذهب من المال خمسة عشر، وبقي هناك اثنا عشر، ينقسم بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين: ثلثاها وهو ثمانية للجد، وثلثها وهو أربعة للأخت.

وهذه المسألة تسمىٰ الأكدرية(١)؛ لأنها تَكَدَّرَ على مذهبه فيها، وقيل إنما

---

(١) وسُمِّيت هذه المسألة بالأكدرية؛ لأنها كَدَّرت على زيد بن ثابت رضي الله عنه أصوله، فإنه أعلها ولا عول عنده في مسائل الجد، وفرض للأخت مع الجد، ولا يفرض لأخت مع جد، وجمع سهامه وسهامها، ولا يجمع في غيرها؛ وليس في الفرائض فرضان مستقلان يضم أحدهما إلى الثاني، وليس في الفرائض وارث فرض له، ثم ورث بالتعصيب. كما ذكر المؤلف رحمه الله تعالىٰ. =

سميت الأكدرية لأنها تكدر على [زيد] مذهبه فيها، وقيل إنما سميت الأكدرية؛ لأن المرأة التي ماتت أولاً وتركت: زوجاً، وأماً، وجداً، وأختاً، كانت أكدرية، فسميت بها.

قال: وأكثر ما تَعُول به الفرائض ثلثاها(١).

[سِهَامُ الفَرَائِضِ]

جميع سهام الفرائض ستة: سُدُسٌ، وثُلُثٌ، ورُبُعٌ، وثُلُثَانِ، ونِصْفٌ، وثُمُنٌ.

[السِّهَام التي تَعُوْل]

وجميع ما تنقسم عليه الفرائض سبعة: سهمان، وثلاثة، وأربعة، وستة، وثمانية، واثنا عشر، وأربعة وعشرين.

أربعة منها لا تعول وهي: سهمان، وثلاثة، وأربعة، وثمانية.

وثلاثة منها تعول: ستة، واثنا عشر، وأربعة وعشرون.

أما الستة فإنها تعول إلى عشرة، تعول وتراً، وشفعاً.

وأما الاثنا عشر فإنها تعول إلى: سبعة عشر، تعول وتراً ولا تعول شفعاً.

وأربعة وعشرين تعول إلى: سبعة وعشرين عولاً واحداً.

ومعنىٰ قول الطحاوي: (**أكثر ما تعول به الفرائض ثلثاها**)(٢)، [أراد به: أن] ستة تعول إلى عشرة، وأربعة من ستة ثلثاها.

= وقيل: أن الأكدر (رجل فرضي) سئل عنها، نسبت إليه.

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ١٠١ - ١٠٣.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٤٩.

[أُصُوْلُ المَسَائِلِ]

والأصل: أن كل فريضة فيها: نصف مفرد، أو نِصْفَان مفردان، فأصلها: من اثنين.

وكل فريضة [فيها: ثُلُثٌ] مفرد، أو ثُلُثَانِ مفردان، فأصلها: من ستة.

وكل فريضة فيها: رُبُعٌ مفرد، أو رُبُعٌ ونِصْفٌ، وما بقي، فأصلها من أربعة.

وكل فريضة فيها سُدُسٌ مفرد، أو سُدُسَان مفردان، أو سُدُسٌ وثُلُثٌ، أو ثلثان فأصلها: من ستة.

وكل فريضة فيها ثُمُنٌ مفرد، أو ثمن ونصف، فأصلها: من ثمانية.

وكل فريضة فيها: رُبُعٌ، وما يخرج من ستة فأصلها: من اثني عشر.

وكل فريضة فيها: ثُمُنٌ وما يخرج من اثني عشر، فأصلها: من أربعة وعشرين.

[المَسَائِلُ التي تَعُوْلُ مِنْ سِتَّةٍ]

أما مسألة العَوْل(١) فإن الستة تعول إلى سبعة: كما إذا مات رجل وترك: أختين لأب وأم، وأختين لأم، وأماً، فأصلها من ستة: للأم السدس سهم، وللأختين لأب وأم [الثلثان] أربعة، وللأختين من قِبَلِ الأم [الثلث] سهمان، فصارت سبعة.

والتي تعول إلى ثمانية: امرأة ماتت وتركت: زوجاً، وأماً، وأختين لأب وأم:

---

(١) العول يطلق في اللغة على معان: منها: الميل والجور، والارتفاع والنقصان، وفي الاصطلاح: هو زيادة في السهام، ونقصان في أنصباء الورثة.

(ومنه: عالت الفريضة عولاً: وهو أن ترتفع السهام وتزيد، فيدخل النقصان على أهلها، كأنها مالت عليهم، فنقصتهم، ويقال: عال زيد الفرائض وأعالها، أي: جعلها عائلة)، المغرب (عول).

فللزوج النصف ثلاثة، وللأم السدس سهم، وللأختين الثلثان أربعة، فصارت ثمانية.

والتي تعول إلى تسعة: فهي امرأة ماتت وتركت: زوجًا، وأختين لأب وأم، وأختين لأم: فللزوج النصف ثلاثة، / [وللأختين من قِبَلِ الأب والأم الثلثان [٢٠٣-ب]
أربعة]، وللأختين لأم الثلث سهمان، فصارت تسعة.

والتي تعول [إلى] عشرة: فهي امرأة ماتت وتركت: زوجًا، وأمًا، وأختين لأب وأم: وأختين لأم: للزوج النصف ثلاثة، وللأم السدس سهم، وللأختين من قبل الأب والأم الثلثان أربعة، وللأختين من قبل الأم الثلث سهمان، فصارت عشرة.

[المَسَائِلُ التي تَعُوْلُ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ]

وأما اثنا عشر تعول إلى ثلاثة عشر: كما إذا ماتت امرأة وتركت: زوجًا، وأمًا، [وابنتين]، أصلها من اثني عشر لحاجتنا إلى الربع، والسدس، والثلثين: للزوج الربع ثلاثة، وللأم السدس سهمان، وللابنتين الثلثان ثمانية، فصارت ثلاثة عشر.

وتعول إلى خمسة عشر، كما إذا ماتت امرأة وتركت: زوجًا، وأبوين، وابنتين، أصلها من اثني عشر: للزوج الربع ثلاثة، وللأبوين السدسان أربعة، وللابنتين الثلثان ثمانية، فصارت خمسة عشر.

وتعول إلى سبعة عشر: كما إذا مات رجل وترك: امرأةً، وأمًا، وأختين لأب وأم، وأختين لأم، أصلها من اثني عشر: للمرأة الربع ثلاثة، وللأم السدس سهمان، وللأختين من قِبَلِ الأب والأم الثلثان ثمانية، وللأختين للأم الثلث أربعة، فصارت سبعة عشر.

[المسألة التي تَعُوْلُ من أربعة وعشرين]

وأما أربعة وعشرين تعول إلى سبعة وعشرين عولاً واحداً، كما إذا مات رجل وترك: امرأة، وابنتين، وأبوين، أصلها من أربعة وعشرين: للمرأة الثمن ثلاثة، وللابنتين الثلثان ستة عشر، وللأبوين السدسان ثمانية، فصارت سبعة وعشرين.

باب ميراث [ولد] الملاعنة(١)

[وَلَدُ المُلاَعَنَة]

قال رضي الله تعالىٰ عنه ولد الملاعنة: هو الذي قُطِعَ نسبه من الأب وأُلْحِقَ بالأم، فهو ولد الأم، وليس له نسب من قِبَلِ الأب، فإذا مات هذا الولد فميراثه للأم، ولأولاد الأم، الابن والبنت في ذلك سواء، فإذا كان أخ وأخت من قبل الأم، فللواحد منهم السدس، وللاثنين فصاعداً الثلث ذكوراً كانوا أو إناثاً، وما بقي من ميراث الأم وأولاد الأم، يكون [العَصَبَة](٢) الأم، الأقرب فالأقرب.

ولو كانت أمه مولاة لقوم، فالباقي يكون لموالي أمه، أو لعَصَبة موالي أمه، وإن لم تكن لها عصبة، فالباقي ردّ على الأم وأولاد الأم الذين ذكرنا.

وكذلك هذا الحكم في ولد الزنا؛ لأنه ليس له نسب من جهة الأب، فميراثه يكون للأم وأولاد الأم على ما ذكرنا في ولد الملاعنة(٣). ونذكر تفسير اللعان، وأحكامه، في كتاب الطلاق في باب اللعان.

[ادعاء الولد مع تكذيب نفسه]

ثم المُلاعِنُ إذا كَذَّب نفسه وادَّعىٰ الولد، فإنه لا يخلو: إما أن يكون الولد حَيّاً، أو مَيّتاً: فإن كان الولد حياً: فالقاضي يَرُدُّ النسب إليه فيصير ابناً له، كما لو

---

(١) الملاعنة والتلاعن: أن يلعن كل منهما نفسه وصاحبه، كما يُوضَّح ذلك في باب اللعان.

(٢) في أ، ج (بعضه) والمثبت من م.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص١٤٩؛ شرح المختصر ٤/ ١٠٧.

لم يوجد منه النفي، وإن كانت الأم حية فإن لها أن تخاصم في حَدّ القذف، ويُحَدُّ المُلاعِن وهو أب الولد، وإن كانت الأم ميتة، فليس للولد أن يخاصم الأب في قذف أمه، كما لا يخاصمه في قذف نفسه، إلاّ إذا كان للأم ولد آخر من زوج آخر، فإنه يخاصم[1].

[دعوىٰ الولد الميت]

وإن كان الولد ميتاً، فهذا لا يخلو: إما أن يكون لذلك الولد [ولد] آخر، أو لم يبق له ولد، فإن لم يبق له فلا تَصِحُّ دَعْوَاه، ويُحَدُّ لقذف الأم؛ لأنه أقرّ بالقذف[2]، وإن بقي له ولد، فإنه ينظر: إن كان ولد الملاعنة ذَكَرٌ، فإنه تصح دعواه، سواء كان هذا الولد الذي بقي ذكر أو أنثىٰ، ويرد نسبه ونسب الميت إليه، ويكون الميراث له بالأبوة، ويحد لأجل الأم.

وإن كان ولد الملاعنة أنثىٰ، فولده سواء كان ذكراً أو أنثىٰ، فقد اختلفوا فيه: قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ: لا تقبل دعواه، وقالا: تقبل[3].

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٤٩.
(٢) في م (بسبب القذف).
(٣) وتوضيح المسألة كما ذكر الجصاص: (ولو كان الولد المنفي بنتاً، وتركت ولداً، ثم ادّعىٰ الملاعِن الولَدَ المنفي).

ثم إن الطحاوي ذكر أن من قول أبي حنيفة: أن الدعوة جائزة، ويردُّ النسب إليه، وقول الصاحبين: أنها باطلة، ولا يُرَدُّ النسب إليه.

ثم قال الجصاص مبيِّنًا: (وليس كذلك الجواب، بل هو على القلب من هذا)، وذكر الحكم كما ذكر المؤلف هنا، بعكس ما ذكره الطحاوي. شرح المختصر ٤/١٠٨.

[أحكام ولد الملاعنة]

ثم ولد الملاعنة بعدما قطع نسبه، فجميع أحكام نسبه من الأب باقٍ سواء الميراث، حتى أن شهادة الأب لا تقبل له، وشهادته لا تقبل لأبيه، ودفع الزكاة إليه لا يجوز، وإن كان أنثىٰ فتزوجه بها، أو تزويج ابنته منه إن كان ذكراً لا يجوز، وغير هذا من أحكام النسب/ لا يجوز. [٢٠٤-أ]

[والله سبحانه وتعالىٰ أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب].

باب ميراث المجوسي(١)

قال رضي الله تعالىٰ عنه: الأصل في هذا أن المجوسي يرث بالزوجية إن كان النكاح بينهما جائزاً، وإن كان غير جائز، فإنهما لا يتوارثان بالزوجية(٢).

ومعرفة الجائز من الفاسد: أن كل نكاح لو أسلما عليه يتركان على ذلك، فذلك نكاح جائز، وكل نكاح لو أسلما عليه لا يتركان عليه، فذلك نكاح فاسد.

ومن كان يدلي بنسبين، وأحدهما لا يحجب الآخر، فإنه يرث بالسببين، فإن كان أحدهما يحجب الآخر، فإنه يرث بالحاجب، ولا يرث بالمحجوب، فإذا عرفنا هذا فنقول:

مجوسي مات وترك: امرأة وهي أمه التي ولدته، وهي أخته لأبيه، كما إذا تزوج [أخته](٣) فولدت منه ابناً، فتزوج هذا أمه وهي أخته لأبيه، فإن هذا النكاح فاسد لا يرث بالزوجية، ويرث ثلث المال لما أنها أمه، ويرث أيضاً نصف المال لما أنها أخته لأبيه، ويرث بالنسبين جميعاً(٤)؛ [لأن أحدهما لا يحجب الآخر، والباقي ردّ عليها بالسببين جميعاً] إن لم يكن له عصبة.

---

(١) المَجُوسُ: قوم كانوا يعبدون الشمس والقمر والنار، وأطلق عليهم هذا اللقب منذ القرن الثالث للميلاد، ومن ثَمَّ المَجُوسِيَّة: عقيدة المجوس في تقديس الكواكب والنار. انظر: المعجم الوسيط (مجس)؛ المِلل والنِّحل للشهرستاني ١/ ٢٣٠.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١٥٠.

(٣) في أ، ج (ابنته) والمثبت من م.

(٤) (وإنما ورثت بالقرابتين؛ لأن إحداهما لا تُنافي ميراث الأخرىٰ، ألا ترىٰ أن القرابتين لو كانتا لشخصين، وَرِثا بهما، كذلك إذا كانتا لشخصٍ واحد)، كما ذكر الجصاص في الشرح ٤/ ١١٠.

ولو أنه مات وترك: امرأة وهي ابنته، وهي أخته لأمه، (كما إذا تزوج المجوسي أمه فولدت بنتاً، فهذه بنته، وهي أخته أيضاً لأمه)[١]، ثم مات المجوسي قال: لها نصف المال؛ لأنها ابنته، ولا ترث؛ لأنها أخته من قبل الأم؛ لأن الأخت لأم لا ترث مع ولد الصلب.

[والله سبحانه وتعالىٰ أعلم بالصواب][٢].

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١٥٠، ١٥١؛ شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٤/ ١١٠، ١١١.

بَابُ مِيْرَاثُ ذَوِي الأَرْحَام[(١)](٢)

[الخلاف في توريث ذوي الأرحام]

قال رضي الله تعالىٰ عنه: إذا مات الرجل وترك ورثة، فإنه يعطىٰ أولاً أصحاب الفُرُوْض فرائضهم، وما بقي للعَصَبَة، فإن لم يكن عصبة، فالباقي رَدٌّ عليهم على قدر فرائضهم في قول علمائنا[(٣)]، وهو قول عَلِيٍّ رضي الله تعالىٰ عنه، إلا الزوج والزوجة فإنه لا يردُّ عليهما.

وقال الشافعي: الباقي لبيت المال، ولا يُرَدُّ عليهم[(٤)]، وهو مذهب زيد بن ثابت.

---

(١) في المختصر (الميراث بالأرحام) ص ١٥١.

(٢) ذوو الرحم: الرحم في الأصل: منبت الولد ووعاؤه في البطن.

ثم سميت القرابة والوُصْلة من جهة الوِلادِ: رَحِمًا، ومنها: ذو الرَّحِم: خلاف الأجنبي.

وذوو الأرحام في المواريث: من دخلت في نسبتهم إلى الميت أنثىٰ كأولاد البنات، وهم ليسوا بذوي فرض، ولا عصبات، إلاّ الإخوة لأم، فإنهم من ذوي الفروض. انظر: العذب الفائض للفرضي ٢/ ١٥؛ المغني لابن قدامة ٩/ ٨٢؛ المغرب (رحم).

(٣) بدأ الطحاوي الباب بذكر المسألة ابتداءً، فقال: (وإذا ترك الرجل ابنته، أو أمه، أو أخته لأمه، أو أخاه لأمه، ولم يترك وارثاً سواه من عصبة ولا من غيرها، كان له من الميراث ما فرض الله عز وجل له منه، وكان ما بقي منه ردًّا عليه برَحِمِه)، ص١٥١.

فقال الجصاص شارحاً: (هذه المسألة مَبْنِيَّة على مسألة توريث ذوي الأرحام، وكل مَن ورّث الأرحام، فإنه يرىٰ الردَّ، وكل من لا يرىٰ توريث ذوي الأرحام، فإنه لا يرىٰ الرد). شرح المختصر ٤/ ١١٢.

(٤) قال النووي: (... فتصرف التركة لبيت المال إرثاً، إذا لم يكن وارث بالأسباب الثلاثة)، وهي: (قرابة، ونكاح، وولاء). المنهاج ص٣٣٧.

وقال عبد الله بن مسعود رضي الله تعالىٰ عنه: الباقي رَدٌّ عليهم إلاّ على أربع مع أربع: لا يُرَدُّ على بنت الابن مع بنت الصلب، ويكون الباقي رداً عليها دون بنت الابن، ولا يرد على الأخت لأب مع الأخت لأب وأم، ولا يرد على الإخوة والأخوات لأم مع الأم، [ولا يردّ على الجد مع كل وارث، وذوو الأرحام لا يرث مع العصبة بحال][(١)].

---

(١) الخلاف في توريث ذوي الأرحام: فقد اختلف الفقهاء في توريث ذي الرحم، أو بيت المال، عند عدم الوارث بالنسب وبالولاء، على قولين:

القول الأول: الوارث هو ذو الرحم، وليس بيت المال، وهو قول جمهور الصحابة والتابعين، وإليه ذهب الحنفية -كما ذكر هنا-، والحنابلة، وبه قال بعض المالكية والشافعية إذا لم ينتظم بيت المال (وانتظام بيت المال: صرفه في مصارفه).

القول الثاني: لا يرث ذو الرحم، والوارث هو بيت مال المسلمين، وإليه ذهب المالكية والشافعية. انظر: المغني ٩/ ٨٢؛ حاشية ابن عابدين ٦/ ٧٩١؛ المهذب ٤/ ١٠٤؛ حاشية الدسوقي ٤/ ٤٦٨.

والأدلة على توريث ذوي الأرحام كثيرة، منها:

قوله سبحانه وتعالىٰ: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [الأنفال: ٧٥].

وعموم ذلك يقتضي أن يكونوا أولىٰ بالميراث في كل حال، إلا موضعـاً يخصه الدليل، إضافة إلى آية: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ﴾ [النساء: ٧]؛ إذ الآية تقتضي توريث جميع القرابات بقوله: ﴿مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ﴾، فوجب توريثهم بالآية، ثم يكون تفضيل الأنصباء موقوفاً على قيام الدلالة عليه، وأدلة أخرىٰ. انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ١١٢.

ولقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (ابن أخت القوم منهم)، أخرجه البخاري (٦٧٦٢)؛ وقوله صلىٰ الله عليه وسلم: (الخال وارث من لا وارث له، يعقل عنه ويرثه)، أخرجه الترمذي (٢١٠٤) وقال: (هذا حديث حسن غريب، وقد أرسله بعضهم، ولم يذكروا فيه عائشة)؛ وابن حبان في صحيحه، وقال محققه الشيخ أرناؤوط: (إسناده قوي) ١٣/ ٣٩٩؛ والبيهقي في الكبرىٰ، ونقل عن غسان الغلابي قوله: (كان يحيىٰ بن معين يبطل حديث: (الخال وارث ...)، يعني حديث المقدام، وقال: (ليس فيه حديث قوي) ٦/ ٢١٤؛ والطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ٣٩٧.

ولا يرث أيضـاً مع أصحاب الفرائض، إلاَّ مع الزوج والزوجة، فإنه لا يُرَدُّ عليهما، والباقي لذوي الأرحام.

[مَنْ هم ذوو الأرحام؟]

[وذوو الأرحام] هم: الجَدُّ أب الأم، وأولاد البنات، وأولاد الأخوات، وبنو الإخوة من قِبَلِ الأم.

فأما بنو الإخوة من قبل الأب والأم، أو من قبل الأب، فهم عَصَبَةٌ، والعمات، والخالات، وأولادهن كلهن كذلك[1].

والأعمام، كلهم عصبة إلاَّ العم من جهة الأم، والجَدَّةُ الفاسدة من ذوي الأرحام.

[كيفية توريث ذَوِي الأَرْحَام]

[ثمّ توريث ذوي الأرحام] كتوريث العَصَبَةِ: يرث الأقرب فالأقرب إلى الميت، إلاَّ أن الكلام وقع في معرفة الأقرب.

---

(١) أي: من ذوي الأرحام، وقد وضَّح الغزنوي ذوي الأرحام بأحسن توضيح، فقال: (وهم أصناف أربعة:

صنف ينتمي إلى الميت: كأولاد البنات، وأولاد بنات الابن.

وصنف ينتمي إليه الميت: كالجد الفاسدة: وهو الذي يَصِلِ إلى الميت بأنثىٰ: كأم أب الأم.

وصنف ينتمي إلى أبوي الميت: كأولاد الأخوات لأب وأم، أو لأب، وأولاد الإخوة والأخوات لأم، وبنات الإخوة.

وصنف ينتمي إلى جد الميت: كالأخوال، والخالات، والعمات، والأعمام لأم، وبنات الأعمام، وأولاد هؤلاء). الحاوي القدسي في فروع الفقه الحنفي، للغزنوي ٢/ ٥٠٣.

قال أبو حنيفة رضي الله تعالىٰ عنه: الأقرب من ذوي الأرحام إلى الميت: الجد أب الأم، ثم أولاد البنات، ثم أولاد الأخوات وبنات الإخوة، ثم العمات والخالات وأولادهنّ، هكذا ذكر في ظاهر الرواية.

وروي عنه في رواية أخرى أنه قال: أقرب ذوي الأرحام إلى الميت: أولاد البنات، ثم الجد أب الأم.

وقال أبو يوسف ومحمد: الأقرب أولاد البنات، ثم أولاد الأخوات وبنات الإخوة، ثم الجد أب الأم، ثم الخالات والعمات، ثم أولادهن[1].

[الاِعْتِبَارُ فِي تَوْرِيْثِ أَوْلَادِ البَنَاتِ]

ثم الأصل في أولاد البنات عند أبي يوسف: أنه يعتبر الأبدان، ونصيبهم بالأبدان [إنْ] كانوا كلهم ذكوراً فالمال بينهم بالسوية، وإن كانوا مختلطين فالمال بينهم للذكر مثل/ حظ الأنثيين. [٢٠٤-ب]

ومحمد يعتبر في أولاد البنات أول الخلاف: بأن كانوا أول الخلاف يقع بالأبدان، والمال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كان الخلاف في الأصل فيعطىٰ ميراث الأصل.

وبيان ذلك: رجل مات وترك: بنت بنت، وابن بنت، فالمال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، أما على قول أبي يوسف فلا يشكل؛ لأنه يعتبر الأبدان، وأحدهما ذكر والآخر أنثىٰ، وكذلك على قول محمد؛ لأن أول الخلاف يقع بالأبدان.

ولو ترك [ابن] بنت بنت، وبنت ابن بنت عند أبي يوسف: المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين: ثلثاه لابن بنت بنت، وثلثه لبنت ابن بنت، وعند محمد على عكس هذا: ثلثا المال لبنت ابن بنت، وثلثه لابن بنت بنت؛ لأنه يعتبر أول الخلاف.

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٥١.

[تَوْرِيْثُ أَوْلَادِ الأَخَوَاتِ]

وكذلك هذا في أولاد الأخوات، وبنات الإِخْوَةِ، كما إذا ترك: ابن أخت، وبنت أخ، كلاهما لأب وأم، على قول أبي يوسف: المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأن قرابتهما ودرجتهما واحدة، وأحدهما ذكر والآخر أنثىٰ، وعند محمد: يعطيان ميراث أصلهما: ثلثان لبنت الأخ، وثلث لابن الأخت.

ولو ترك: ثلاث بنات إخوة متفرقين، أو ثلاث بني أخوات متفرقات، الأصل عند أبي حنيفة ومحمد: أنهم يعطىٰ لهم ميراث أصلهم لأولاد الأخوات من الأب والأم: النصف، وأولاد الأخوات من الأب: السدس تكملة الثلثين، وأولاد الأخوات من الأم: السدس ميراث أمهم، وما بقي يُرَدّ عليهم على قدر سِهَامِهِم، وعلى قول أبي يوسف: يعتبر في بنات الإخوة والأخوات: الأقرب فالأقرب، ففي هذه المسألة: المال كله لأولاد الأخوات من الأب والأم، ولا شيء للباقين، ويقال: هو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ.

ولو ترك: ثلاث بنات إخوة متفرقين، على قول محمد: لبنت الأخ من [الأم: السدس، والباقي لبنت الأخ من الأب والأم، ولا شيء لبنت الأخ من] الأب، على اعتبار آبائهم، وعلى قول أبي يوسف: المال كله لبنت الأخ من قِبَلِ الأب والأم، ويقال هو قول أبي حنيفة(١).

[توريث العمات والخالات وأولادهن]

وفي العمات والخالات يعتبر: الأقرب فالأقرب بالإجماع.

وأما في أولادهن فعلى قول أبي يوسف: يعتبر بالأبدان، وعند محمد كما ذكرنا في أولاد البنات، وأولاد الأخوات.

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٥٢؛ شرح المختصر ٤/ ١٢٣ وما بعدها.

بيان ذلك: رجل مات وترك: ثلاث خالات متفرقات، فالمال كله للخالة من قبل الأب والأم بالإجماع؛ [لأنه][1] يعتبر الأقرب فالأقرب.

ولو ترك: ثلاث أخوال متفرقين، فالمال كله للخال من قبل الأب والأم، ولو ترك خالاً وخالة وكلاهما في درجة واحدة، فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، ولو ترك ثلاث عمات متفرقات، فالمال كله للعمة من قبل الأب والأم.

ولو ترك: عمة وخالة: فللعمة الثلثان من المال، وللخالة الثلث؛ لأن العمة تدلي بقرابة الأب، والخالة تدلي بقرابة الأم، وهذا في قولهم جميعاً.

ولو ترك: عمة، وخالاً: فللعمة الثلثان، وللخال الثلث بالإجماع، ولو ترك: خالة، وابن عمة: فالمال للخالة؛ لأن ابن العمة أبعد منها بدرجة، وكذلك لو ترك: عمة، وابن خالة: فالمال للعمة.

ولو ترك: بنت خالٍ، وابن خالة، فعلى قول أبي يوسف: المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وعلى قول محمد: الثلثان لبنت الخال، والثلث لابن الخالة، يرث كل واحد منهما ميراث أصله.

[اجتماع ذوي الأرحام في الميراث]

والأصل: أنه متىٰ اجتمع في الميراث ذوو الأرحام، إلاّ أن بعضهم: أولاد العصبة، وبعضهم أولاد أصحاب الفرائض، وبعضهم أولاد ذوي الأرحام، فإنه ينظر: إن كانت درجتهم مختلفة، فالأقرب منهم أولىٰ بالميراث، وإن كانت درجتهم كلهم بالسَّوِيَّة، فأولاد ذوي الأرحام لا يرثون مع أولاد العصبة، وأصحاب الفرائض وأولاد العصبة يرثون مع أولاد أصحاب الفرائض.

---

(١) في أ، ج (لا) والمثبت من م.

بيان ذلك: رجل مات وترك: بنت عم، وابن عمة، فالمال/ كله لبنت العم؛ [٢٠٥-أ]
لأنها من أولاد العصبة، والآخر من أولاد ذوي الأرحام.

ولو ترك: بنت بنت بنت، وبنت بنت ابن، فالمال كله لبنت بنت الابن؛ لأنها ولد صاحبة الفريضة، وكذلك قس على هذا الاعتبار.

والجَدَّةُ الفاسدة لا ترث بالفريضة، ولكنها ترث بالمَحْرَمِيَّةِ، والاختلاف الذي ذكرنا في الجَدِّ أب الأم، أنه أولىٰ بالميراث من أولاد البنات وأولاد الأخوات عند أبي حنيفة، وكذلك الاختلاف في الجدة الفاسدة، فالذي ذكر الشيخ الفقيه أحمد في أصله وذكر أبو عبد الله الفرضي: أن العمة والخالة أولىٰ من الجدة الفاسدة. [والله أعلم][1].

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٥١، ١٥٢؛ شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٤/ ١١٢ وما بعدها.

باب الميراث بالمُوَالاَة (١)

الأصل في هذا: أن كل من كان أهلاً للولاء، جاز له أن يعقد عقد المُوَالاَة، ومن لا فلا، والذي هو من أهله: أن لا يكون الرجل من العرب، وأن لا يكون له ولاء عتاقة، فله أن يعقد عقد الولاء مع من شاء، وله أن يعقد مع الذي يسلم على يده.

وعقد الولاء أن يقول: عقدت معك عقد الولاء ما دمت حيـاً، فجنايتي عليك وعلى عاقلتك، فإن مت ولم يكن لي وارث من جهة الفرائض ولا من جهة العصبة ولا من ذوي الأرحام فميراثي لك(٢).

---

(١) المَولىٰ من الوَلاء: القُرْبُ والدُّنُوّ.

وهو رابطة بين شخصين كرابطة النسب، تعود ذلك إلى سبب من الأسباب:

مولىٰ العتاقة، ومولىٰ النعمة: المعتِق.

ومولىٰ المُوالاة: الذي أتاه رجل مجهول النسب، فتعاقد معه قائلاً: أنت وليِّي، ترثني إذا مِتُّ، وتعقل عني إذا جنيت.

مولىٰ الإسلام: الذي أسلم على يده أحد من غير المسلمين. كما ذكر المصنف جزءاً من ذلك. انظر: المغرب؛ المصباح؛ معجم لغة الفقهاء (ولي).

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١٥٣؛ (والأصل فيه قول الله عز وجل: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ فَـَٔاتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ [النساء: ٣٣]، نزلت في إيجاب المواريث بالحِلف والمعاقدة، دون الأنساب، إلى أن نزل قوله تعالىٰ: ﴿وَأُوْلُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٥]، فجعل ذوي الأرحام أولىٰ من الحليف المعاقَد، فإذا لم يكن ذوو رَحِم، استحق الحليف الميراث ...)، كما في الشرح ٤/ ١٣٢.

[فَسْخُ الوَلاَءِ]

ويجوز أن يفسخ الولاء مع المولىٰ ويعقد مع غيره ما لم يعقل عنه، فإذا عقل عنه [وتحملت][١] عاقلته ديته، فقد تَأَكَّدَ الولاء، فبعد ذلك ليس له أن يفسخ معه.

والفسخ على ضربين: فسخ من طريق القول، وفسخ من طريق الفعل، والفسخ من طريق القول أن يقول: فسخت الولاء الذي عقدت معك، وإنما يَصِحُّ ذلك بحضرته.

والفسخ من طريق الفعل: بأن يعقد الولاء مع آخر بحضرة الأول، أو بغير حضرته، فينفسخ الأول حكماً.

[تَحَمُّلُ بَيْتِ المَالَ العَقْلَ]

وكذلك المولىٰ الأعلى إذا أراد أن يفسخ، كان له ذلك، وإنما يَصِحُّ بحضرة المولىٰ الأسفل، وكذلك اللقيط إذا كبر، فله أن يوالي مع من شاء ما لم يتحمل عنه بيت المال، فإذا عقل عنه بيت المال فقد تأكد ولاؤه، فبعد ذلك لا يجوز له أن يعقد مع آخر، ولا يفسخان ذلك إلا في موضع واحد خاصة: وهو أن أب الذي والىٰ أسيراً من دار الحرب، وصار عبد المسلم، ثم أن مولاه أعقته، فقد جَرَّ ولاء [ابنه إلى موالي أبيه].

وهذا الفصل لا يرد في اللقيط: لأنه لا يعرف له أب، وإنما يجر الولاء؛ لأن ولاء العتاقة آكد من ولاء المولاة، إلا ترىٰ أن ولاء المولاة يحتمل الفسخ، وولاء العتاقة لا يتحمل الفسخ.

---

(١) في أ، ج (وتمكنت) والمثبت من م.

ولو أن حربيًا أسلم في دار الإسلام، ثم والىٰ مع رجل مسلم، فإن[1] ذلك العقد يكون عنه وعن أولاده الصغار، ولا يكون عن أولاده الكبار، ولهم أن يعقدوا مع مَنْ شاؤوا.

والمرأة إذا أسلمت وقالت مع إنسان يكون ولاؤها ولاءً لأولادها الصغار، كما في الرجل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، عند أبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالىٰ: لا يكون[2].

(١) في م (جاز).

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ١٣٣، ١٣٤.

باب من يجوز للرجل [أو للمرأة دَعْواه إياه، فيحجب مَن سواه من عصبته وذوي أرحامه] (١)

[دعوىٰ البُنُوَّةِ على مَجْهُوْلِ النَّسَبِ]

دعوة الرجل إنما تجوز في أربعة مواضع: أحدها: أن يدَّعي على شخص مجهول النسب ويقول هذا ابني، ومثله يولد لمثله، ولم يكن لذلك الولد نسب معروف، وصَدَّقه الابن، صار ابنه ثابت النسب منه(٢)، ولو كَذَّبه الابن لا يصدق المُدَّعي إلا بالبينة، ولو لم تكن له بينة لا يحلف الابن عند أبي حنيفة، وعندهما يحلف، فإن حلف برئ، وإن نكل يقضىٰ عليه؛ لأن المذهب عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنه لا يحلف في الأشياء الستة: في النكاح، والرجعة(٣)، ولا في الإيلاء، والولاء، والنسب، والرق، وعندهما: يستحلف.

ولو كان مثله لا يولد لمثله (لا يَصِحُّ دعواه، صَدَّقه الابن أو لم يصدقه، أقام البينة أو لم يقم.

---

(١) الزيادة من نسخة الأصل المطبوع؛ وفي الشرح (باب ما يجوز من الدعوىٰ للرجل والمرأة، فيحجب مَنْ سِواه).

(٢) وعبارة المختصر توضح أكثر: (ولا يجوز دعوىٰ الرجل، إلّا في أربعة: أن يقول: هذا ابني، أو هذا أبي، أو هذا مولاي الذي أعتقني، أو هذه زوجتي، بعد أن يكون في دعواه البنوة أو الأبوة موهومـًا ما قال فيهما)، ص١٥٣.

(٣) في م هنا زيادة (والفيء).

[دعوة الأبوة من مجهول]

والثاني: أن يدَّعِي شخص مجهول على رجل أنه أبوه،/ ومثله يولد له)[١]، [٢٠٥-ب]
وليس للمُدَّعِي نسب معروف، إن صَدَّقه الأب صار كأمر ظاهر، وإن كَذَّبه يحتاج إلى إقامة البينة، وإن لم تكن له بينة، فلا شيء[٢] عليه، على الاختلاف الذي ذكرنا، وإن كان مثله لا يولد لمثله، فلا تصح دعواه[٣].

[الادعاء على رجل بأنه حُرٌّ وهو مُعْتِقُه]

والثالث: أن يَدَّعِي على مجهول النسب أو معلوم النسب، بعد أن لم يعرف أنه حُرّ الأصل: أن هذا مُعْتِقُه، إنْ صَدَّقه صار كأمرٍ ظاهر، سواء كان المدَّعىٰ عليه أكبر منه أو أصغر، ويكون مولىٰ له، وإن كَذَّبه فعلىٰ المدعي البينة، وفي اليمين اختلاف.

وبمثله لو ادَّعىٰ على مجهول النسب: أنك عقدت معي عقد الوَلاَء، وأنا مولاك، فإن صَدَّقَه صار كأمر ظاهر، وإن كَذَّبه بطلت خصومة المدعي وليس له أن يقيم البينة، بخلاف ولاء العتاقة؛ لأن هناك لَمَّا كذبه المُدَّعىٰ عليه، فقد انفسخ ذلك العقد بينهما؛ لأن عقد الولاء ينفسخ بالرَّدِّ، وليس كذلك ولاء العتاقة، فإنه لا ينفسخ بالرد؛ فلذلك لا تبطل دعواه.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) في م (فلا يمين عليه).

(٣) قال الجصاص: (الأصل في ذلك: أن إقرار الرجل مقبولٌ على نفسه، غير جائز على غيره، وإقرار الرجل بالبُنُوَّةِ والأُبُوَّةِ، إنما هو على نفسه، لا يتعلق بثبوته عليه بغيره، فجاز حكم ما يجوز إقراره، كسائر الحقوق من الأموال وغيرها، وكذلك إقراره بالوَلاء والتزويج)، ٤/ ١٣٥.

[الادِّعاء على امرأةٍ بالزَّوْجِيَّةِ]

والرابع: أن يَدَّعي على امرأة ليس لها زوج معروف، ولم يكن بينهما مَحْرَمِيَّة النكاح، فقال: أنتِ زوجتي، فإن صَدَّقته المرأة، صار كأمر ظاهر، وإن كذبته، فعلى المُدَّعِي البينة، وفي اليمين اختلاف، هذا كله دعوىٰ صحيحة.

[الادِّعَاءُ عَلَىٰ رَجُلٍ أَنَّه أَخُوْهُ أو ابْنُهُ]

وأما الدعوىٰ الفاسدة: فهو أن يَدَّعِيَ على رجل أنه أخوه، أو ابن ابنه، أو عمه، أو ادَّعَىٰ شيئًا فيه حمل النسب على الغير، فإنه لا يُصَدَّق سواء صَدَّقَهُ المُدَّعَىٰ عليه أو كَذَّبه، إلا إذا مات أبوه وخلف تركة، فادَّعَىٰ على مجهول النسب أنه أخوه، فإنه يصدق في حق المشاركة في الميراث، ولا يصدق في حق النسب.

وكذلك لو ادَّعىٰ أنه أخ فلان، فَدَعْوَاه باطلة، ولو أقام البينة عليه فإنها لا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ؛ لأن في ذلك حمل النسب على الغير، وقضاء على الغائب، وذلك لا يجوز، إلاَّ إذا ادَّعىٰ المال، نحو: أنه إذا ادعىٰ الميراث على أخيه فقال: أنا أخوك وما أَخَذْتَهُ من الميراث فنصفه لي، وأقام البينة فإنها تُقْبَل، والقاضي يقضي له بالنسب؛ لأنه لا يتوصل إلى القضاء [له] بالميراث إلا بعد القضاء بالنسب، والذي يَدَّعِي عليه ينتصب خصمًا، وينفذ قضاؤه على جميع الورثة، هذا كله دعوىٰ الرجل.

[ما تَصِحُّ من دَعْوَىٰ المَرْأَةِ، وَمَا لاَ تَصِحُّ]

وأما دعوىٰ المرأة فإنها تصح في ثلاثة مواضع: في الأبوة، والزوجية، والولاء، على ما ذكرنا في الرجل، ولا تصح في دعوىٰ البُنُوَّة، كما إذا ادَّعَتْ على شخص مجهول النسب أنه ابنها، فإنه لا يصح؛ لأن في ذلك حمل النسب على الغير[1]،

---

(١) وعبارة المختصر: (ولا يجوز دعوىٰ المرأة إلّا في ثلاثة: أن تقول: هذا أبي، بعد أن يكون جائزاً أن يكون مثله أباها، أو هذا زوجي، أو هذا مولاي الذي أعتقني، ولا يجوز قولها: =

إلا إذا كان الزوج حاضراً فيصدقها أن هذا ابني [منها]، فإنه تصح دعواها، ويثبت النسب منهما إذا صدقهما [الابن.

وإن كان] الابن يعبر عن نفسه وأنكر دعوىٰ المرأة، فعلى المرأة البينة، وفي اليمين اختلاف.

ولو ادَّعَتْ على آخر: أنه أخي، أو عمي، أو أختي، فإنها لا تصدق كما ذكرنا في الرجل.

[الدَّعْوَىٰ فِي اللَّقِيْطِ أَنَّه ابْنَه أو عَبْدَه]

ولو أن رجلاً وجد لقيطاً فادعىٰ أنه ابنه، فإنه تصح دعواه ويكون ابنه؛ لأنه ادَّعَىٰ ما في يده نفسه لنفسه، فلا منازع له، وإذا كبر الغلام وأنكر أنه ابنه، لا يلتفت إليه، وإن كان الولد يعبر عن نفسه، فيحتاج إلى تصديقه، أو إلى البينة.

ولو ادَّعَىٰ [أن] اللقيط عبده، فإنه لا يُصَدَّقُ؛ لأن اللقيط حر الأصل، ولو كان في يديه عبد صغير لا يعبر عن نفسه، فادّعىٰ أنه ابنه، وليس له نسب معروف، فإنه يُصَدَّقُ.

ولو كان العبد يعبر عن نفسه، فقال الذي في يديه: هذا ابني، ومثله يولد لمثله، وليس له نسب معروف، والعبد مُقِرٌّ بأنه عبده، فإنه يثبت النسب من المولىٰ؛ لأن [العبد](١) لما أَقَرَّ أنه عبده، فقد أقر أنه في يد مولاه لا في يد نفسه، [٢٠٦-أ] فإذا ادعىٰ المولىٰ، فقد ادعىٰ ما في يد نفسه لنفسه، ولا منازع له، ويعتق العبد.

ولو كان له نسب معروف والمسألة بحالها، فإنه لا يثبت النسب، ولكنه يعتق في قول أبي حنيفة رحمه الله، وفي قولهما: لا يعتق.

= هذا ابني؛ لأنها إنما تحمل النسب في ذلك على غيرها)، ص١٥٣.

(١) في أ، ج (المولىٰ) والمثبت من م.

[إقرار المولىٰ بأنه ابن العبد]

ولو أن المولىٰ أقر أنه ابن العبد، ومثله يولد لمثله، وليس للمولىٰ نسب معروف، فإن هناك يحتاج إلى تصديق العبد، وإن صَدَّقه ثبت النسب ويعتق العبد، وإن لم يصدقه لا يثبت النسب، بخلاف ما إذا ادَّعَىٰ المولىٰ أن العبد ابنه؛ لأن هناك لا يحتاج إلى تصديق العبد.

والفرق بينهما: أنه لما ادَّعَىٰ أن العبد ابنه، فقد ادعىٰ ما في يد نفسه لنفسه ولا منازع له؛ لأنه يدعي النسب لنفسه فصدق، وأما في دعوىٰ [الأُبُوَّة](١) فإنه يحمل النسب على [الغير](٢)، فإن صدقه يصح، وإن لم يصدقه لا يقبل.

وفرق آخر بينهما: أنه لما قال: هذا ابني استند هذا إلى وقت العلوق، ووقت علوق الابن لم يكن من أهل التصديق، وفي دعوىٰ الأبوة يستند إلى وقت العلوق أيضاً، ووقت العلوق الأب من أهل التصديق، وإن لم يصدقه ولم يثبت النسب، يعتق العبد بالإجماع إن مثله يولد لمثله، ولوكان مثله لا يولد لمثله صدقه أو لم يصدقه، لا يثبت النسب، ويعتق عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يعتق(٣). [والله سبحانه وتعالىٰ أعلم].

---

(١) في أ، ج (الأخوة) والمثبت من م.

(٢) وفي م (العبد).

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص١٥٣؛ شرح مختصر الطحاوي ٤/ ١٣٥ - ١٣٧.

باب إقرار [بعض الورثة بوارث مجهول]

[المُقِرُّ يعامل في حق نفسه]

الأصل في هذا الباب: أن المُقِرَّ يعامل في حق نفسه، سواء كان ما أَقَرَّ به حقـاً أو لم يكن، ولا يُصَدَّقُ على إبطال حق الغير، ولا على إلزام الغير حقـاً، والأصل: أن الإقرار متىٰ حصل بشرط، فإنه يُرَاعَىٰ فيه الشرط.

[إِقْرَارُ أَحَد الإِبْنَيْنِ بِزَوْجَةٍ لأَبِيْهِمَا]

فإذا عرفنا هذا فنقول: رجل مات وترك: ابنين، فإن المال بينهما نصفان، فلو قال أحدهما [لامرأة]: هذه امرأة [أبي]، فإن صَدَّقه الابن الآخر، صار كأمر ظاهر: للمرأة الثُّمُنُ، والباقي بينهما، وهي سبعة أسهم على سهمين لا تنقسم، فاضرب سهمين في ثمانية، فصارت ستة عشر: للمرأة الثمن، والباقي أربعة عشر بينهما، كل واحد سبعة [أسهم].

ولو كذب الابن الآخر، فإنه يحتاج إلى قسمتين: قسمة ظاهرة، وقسمة باطنة: فالقسمة الظاهرة: أن يقسم المال بينهما نصفين، فما حصل للابن المُقِرِّ وهو سبعة أسهم يجعل على تسعة أسهم: سهمان للمرأة، وسبعة [أسهم] للابن المُقِرِّ؛ لأن من زعم المقر أن المال بينهما وبين المرأة على ستة عشر سهما، المرأة الثمن، وأربعة عشر بينهما، لكل واحد سبعة، إلا أن الابن [المُنْكِرَ] ظلم حيث أخذ نصف المال تامـاً، فيكون المال بينك وبيني على مقادير سهامنا، فلما صار هذا النصف على تسعة أسهم صار الكل على ثمانية عشر: تسعة للابن المنكر وسهمان للمرأة، وسبعة للابن المقر[1].

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٥٣.

ولو أن هذا الابن أَقَرَّ بامرأة أخرىٰ: أن هذه امرأة أبي أيضـًا، فلها الميراث مع المرأة الأولىٰ، فإن كان أقر لهما معـًا، فذلك [التسعان][(١)] لهما، ولا كلام فيه؛ لأن ميراث النساء لا يكثر بكثرة النساء، ولا يتقلل بِقِلَّتِهِنَّ.

ولو أقر بالأولىٰ ثم بالأخرىٰ، فإن صَدَّقته الأولىٰ فكذلك الجواب، وإن كَذَّبته، فللأخ المنكر نصف المال على ما ذكرنا، وتسعان للمرأة الأولى، ثم ينظر: إن كان [دفع المال][(٢)] إليهما بقضاء القاضي، صار كالهلاك، وجعل كأن لم يكن له مال سوىٰ الباقي، وهي سبعة أسهم، وتكون ذلك السبعة بين المرأة الأخرى وبين الابن على ثمانية: ثمن من ذلك للمرأة، وسبعة للابن.

ولو دفع [إليهما] بغير قضاء القاضي، فإن السبعة التي عنده يعطي منها [سهم] للمرأة الأخرىٰ، وهي سبع نصف جميع المال؛ لأنه لما دفع إلى المرأة الأولىٰ بغير قضاء القاضي، صار كأنه أتلفه، وصار بمنزلة القائم عنده، ولو كان نصف المال عنده قائمـًا، فإنه يعطي المرأة الأخرىٰ التسع، وهو سهم؛ لأنه أقر [بثمن][(٣)] المال للمرأتين جميعـًا، والإقرار إذا جعل بشرط / فإنه يراعىٰ فيه شرطه، والثمن إنما [٢٠٦-ب]
هو تسعان: تسع للأولىٰ، وتسع للأخرىٰ؛ لأن الأولىٰ ظلمت حيث أخذت زيادة سهم، وذلك الظلم حصل على الأخ المُقِرِّ؛ لأنه هو الذي دفع بغير قضاء القاضي، فيدفع سبع الباقي للمرأة الأخرى، وهو تسع نصف المال، والباقي للابن: وهو سبعة أسهم[(٤)].

---

(١) في الأصول (السبعان)، والمثبت هو ما يدل عليه السياق.

(٢) في أ، ج (وقع) والمثبت من م.

(٣) في أ (بنسب)، وفي ج (بمس) هكذا بدون نقط، والمثبت من م.

(٤) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ١٣٨، ١٣٩.

[إِقْرَارُ أَحَدِ الابنين بأخٍ أو أختٍ لَهُمَا]

ولو لم يقر بامرأة، ولكن أقر بابن آخر سواهما أن هذا أخونا، فكَذَّبَه الآخر، فإن إقراره في حق نفسه صحيح، ولا يصح في حق الآخر: [فأوّلاً] يقسم المال بينهما نصفين، فما أصاب المُقِرَّ يقسم بين المُقِرِّ وبين المُقَرِّ له نصفين، لكل واحد ربع المال.

ولو أَقَرَّ بعد ذلك بأخ آخر وكذبه الأخ المعروف، فإنه ينظر: إن صَدَّقه الأخ المُقَرُّ له الأول، فإن نصف المال يقسم بينهم أثلاثاً، وإن كذبه المقر [له] الأول ينظر: إن دفع إليه نصف ما في يده: وهو ربع جميع المال بقضاء القاضي، صار كالهلاك، ويكون الباقي بينه وبين المقر له الثاني نصفين، ولو كان دفع إليه بغير قضاء القاضي صار كالإتلاف، ويكون في [الحكم] كأنّ ذلك الربع في يده قائم، وهو [أقرّ للاثنين] فيحصل لكل واحد سدس المال، كذلك هاهنا، يعطي هذا المقر من الذي بقي في يده: وهو ربع المال، سدس جميع المال للمقر له الثاني.

ولو أقر أحد الاثنين ببنت: أن هذه أختنا، وكَذَّبَه الأخ وصَدَّقَتْهُ الأخت، فإن المال يقسم بين الاثنين نصفين، فما حصل للابن المُقِرِّ فذلك بينه وبين البنت للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن أقر بأخت أخرىٰ بعد ذلك فكذبه الأخ أيضـاً، فإنه ينظر: إن صدقته البنت الأولىٰ فنصف المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كذبته الأولىٰ، [فإنه] ينظر: إن دفع إليها نصيبها: وهو ثلث النصف، وذلك سدس الكل بقضاء القاضي، صار كالهلاك، والباقي بين الابن والبنت الأخرىٰ للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن دفع إلى الأولىٰ بغير قضاء القاضي صار كالإتلاف، وصار كأنَّه قائم في يده وقد أَقَرَّ بابنتين، فيكون لهما ربع جميع المال، لكل واحدة ثمن، فكذلك هاهنا يعطىٰ للبنت الأخرى: ربع نصف جميع المال مما في يديه.

[إقرار الابن بابنٍ لأبيه]

ولو أن رجلاً مات وترك: ابناً فأقرّ هذا الابن لرجل آخر: أن هذا ابن أبي وأنه أخوه وصدقه المُقَرُّ له في ذلك، ولكنه أنكر أن يكون المُقِرُّ ابنه، القياس: أن يكون القول قول المقر له، ويكون المال كله له، ويحتاج المُقِرُّ إلى إثبات نَسَبِه بالبينة من الميت؛ لأنهما تصادقا على إثبات نسب المُقَرِّ له من الميت، واختلفا في نسب المُقِرِّ.

ولكن في الاستحسان: المال بينهما نصفان؛ لأن المُقَرَّ له إنما استفاد الميراث من جهة المُقِرِّ، فلو أبطلنا نسب المقر أبطلنا إقراره أيضاً، فيؤدي ذلك إلى إبطال حق المقر له، فكذلك هذا في البنت، وكل من يَدَّعِي ويقر لآخر بالنسب.

[إقرار المرأة بأخٍ للزوجة]

وبمثله لو أن رجلاً مات وترك: امرأة فأقرت المرأة: بأخ للزوج، وصدقها الأخ في ذلك، ولكنه كذبها[1] أن تكون هذه المُقِرَّة امرأة للميت، فإن القول هاهنا قول المُقَرِّ له في قول أبي حنيفة ومحمد وزفر، وهو القياس، وتحتاج المرأة إلى إثبات الزوجية بالبينة، وعلى قول أبي يوسف وهو الاستحسان القول قول الزوجة، والمال بينهما على قدر مواريثهما.

وكذلك هذا الاختلاف في امرأة ماتت وتركت: زوجاً، فأقرَّ الزوج: برجل آخر أن هذا أخ الميتة وصَدَّقه الأخ، ولكنه أنكر أن يكون المقر زوجاً لها؛ أبو يوسف قاس هذه المسألة على المسألة الأولىٰ، وأبو حنيفة ومحمد رحمهم الله تعالىٰ فرقا بينهما وقالا: الزوجية تنقطع بالموت فلا يقبل قوله إلا بالبينة، وليس كذلك النسب؛ لأنه لا ينقطع بالموت، فلا يبطل قوله إلا بالبينة، والمُقَرُّ له استفاد الميراث من جهة المُقِرِّ، فلو أبطلنا إقراره يؤدي إلى إبطال / حق المقر له. [٢٠٧-أ]

(١) في م (أنكر).

[إقرار أحد الابنين بابنين من الميت]

ولو مات وترك: ابنين ثم أقر أحد الابنين بابنين من الميت، وصَدَّقه أخوه في أحدهما وكَذَّبَه في الآخر، والمُقَرُّ لهما يتكاذبان، كل واحد منهما يكذب صاحبه، ويصدقان المُقِرَّ بهما في إقراره، فإن على قول أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: يجيء المتفق عليه بإقراره إلى المقر بهما، فيأخذ ربع ما في يده ويضم ذلك إلى ما في يد الآخر الذي أقر به خاصّه، فيقسم بينهما نصفين، ويجيء المختلف في إقراره إلى الذي أقر به، فيقسم ما في يديه بينهما نصفين.

وأما في قول محمد: فيجيء المتفق عليه في إقراره إلى الذي أَقَرَّ بهما، فيأخذ خُمُس ما في يده، ويضمه إلى ما في يد الآخر، فيكون بينهما نصفان، [ويجيء المختلف في إقراره إلى الذي أقَرَّ به، فيقسم ما بقي نصفين].

وإنما قال أبو يوسف: إنه يأخذ ربع ما في يده؛ لأن من حجة المُقِرِّ بهما أن يقول للمتفق عليه بإقراره: إنما أقررت لك بربع المال، فلك أن تأخذ ربع المال الذي وجدت، وفي يدي نصف المال والربع لك.

وإنما قال محمد ذلك؛ لأن من حجة المقر بهما أن يقول للمتفق عليه بإقراره: لو كَذَّبَنِي الأصغر فيكَ كما كذبني في الآخر، لكان ما في يدي بيني وبينك وبين الآخر أثلاثـاً، إلا أنه لما صدقني أخي فيك، فقد تحمّل عني نصف نصيبك: وهو نصف سهم، وبقي سهمان ونصف نصيبي، ونصيب الآخر نصف سهم من سهمين ونصف، يكون خمسـاً، فكذلك قال: يأخذ خمس ما في يده.

هذا إذا كان المقر لهما يتكاذبان، وأما إذا تصادقا، فإن المكذب به يجيء إلى الذي أقر به خاصة، فيأخذ ثُلُث ما في يده ثم يضمّه إلى ما في يد الآخر فيقسم بينهما أثلاثـاً[1].

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٥٣، ١٥٤؛ شرح مختصر الطحاوي ٣/ ١٤٣، ١٤٤.

[إقرار الابن بابن آخر]

وإذا مات الرجل وترك: ابنـًا، فأَقَرَّ هذا بابن آخر، فهذا على ثلاثة أوجه: إما أن يترك ابنـًا واحداً أو ابنين، أو يترك ورثة، فإن ترك ابنـًا واحداً فأقر بابن آخر، فإنه يصدق في حق نفسه على ما ذكرنا، ولا يثبت نسبه من الميت في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف في غير رواية الأصول: أنه يثبت، وجعل إقرار هذا الوارث إذا لم يكن هناك وارث غيره كإقرار ورثة جملة.

ولو ترك ابنين فأقر أحدهما بابن آخر، فإنه يشاركه في الميراث، ولكنه لا يثبت النسب، ولو ترك ثلاثة بنين فأقر اثنان منهم، أو رجل وامرأتان فإنه يثبت نسب المجهول من الميت في حق الذين أقروا وفي حق الذين لم يقروا بالاتفاق، سواء ذكروا بلفظ الشهادة أو بلفظ الإقرار؛ لأن هذا يشبه الإقرار من وجه، ويشبه الشهادة من وجه.

فمن حيث إنه يشبه الشهادة، كان العدد من شرطه، ومن حيث إنه يشبه الإقرار، لم يشترط لفظ الشهادة، هذا إذا ترك مالاً.

ولو لم يترك مالاً لا يقبل قولهما؛ لأن في هذا حمل النسب على الميت لا غير، وهذا لا يجوز. [والله تعالىٰ أعلم][1].

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٥٣، ١٥٤؛ شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٤/ ١٣٨ وما بعدها.

كتاب الخُنْثىٰ[1]

قال أبو جعفر: قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ: إذا مات الرجل عن ولد خنثىٰ وعن ابن غير خنثىٰ؛ يعطىٰ الخنثىٰ على أنه ابنة حتى يعلم ما سوىٰ ذلك، (إلا أن يكون أسوأ حاله أن يكون ذكراً)[2]، فحينئذٍ يجعل ذكراً.

[الخُنْثَىٰ المُشْكِل]

اعلم بأن الخنثىٰ: هو أن يكون له آلة الرجل وآلة النساء، مشكل حاله، [يتبع مباله][3]: إن [بال] من مبال الرجال فهو رجل، وأن [بال][4] من مبال النساء فهو امرأة.

وإن بال منهما جميعـًا، ينظر إلى الأسبق منهما: فأيهما كان أسبق خروجـًا فالحكم له، وإن خرج منهما جميعـًا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ: لا علم لي بهذا، وقال أبو يوسف ومحمد: يعتبر الأكثر منهما، فإن تساويا في الكثرة قالوا جميعـًا: لا علم لنا بذلك[5].

---

(١) الخُنثىٰ: اسم المولود له فَرْج وذَكَر، كما وضّح ذلك المؤلف رحمه الله تعالىٰ، أو الذي يبول من ثقب، وليس له آلة ذكر ولا آلة أنثىٰ.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٣) في أ، ج (فمبلغ حاله) والمثبت من م.

(٤) ما بين المعقوفتين في أ، ج في الموضعين (يبل) والمثبت من م.

(٥) قال الجصاص في اعتبار المَبَال: (بأن الأصل فيه ما رُوي عن عليٍّ رضي الله عنه، وابن عباس، وجماعة من السلف: (أن الخنثىٰ يُوَرَّث من حيث يبول) [عبد الرزاق في المصنف ١٠/ ٣٠٨؛ البيهقي في الكبرىٰ ٦/ ٢٦١]. =

وحكم الخنثىٰ المُشْكِل في الميراث: أن يجعل انثىٰ في جميع [أحواله، إلا] أن يكون اسوأ حاله أن يجعل ذكراً؛ لأن في الأصل تيقناً فيؤخذ حتى يثبت الأكثر(١).

[الخنثىٰ في الميراث]

[٢٠٧-ب] وبيانه: إذا مات الرجل / وترك: ابنين أحدهما خنثىٰ، فإن المال بينهما أثلاثاً، وكذلك إذا كان ابنتين وخنثىٰ، فإن للخنثىٰ نصيب الأخت، إلاّ أن يكون أسوأ حاله أن يكون ذكراً، نحو ما إذا ماتت امرأة وتركت: زوجاً، وأختاً لأب وأم، وخنثىٰ لأب: فإن كان ذلك الخنثىٰ بنتاً كان لها السدس تكملة الثلثين، ويعول الحساب.

ولو كان ذلك الخنثىٰ ذكراً فلا شيء له؛ لأنه يصير أخاً لأب، وميراثه يكون بالعصوبة، ولم يبق شيء حتى يكون للعصبة(٢).

وقال الشعبي: للخنثىٰ نصف ميراث الرجل ونصف ميراث المرأة.

وذكر عن أبي يوسف أنه فسر قول الشعبي تفسيرين: أحدهما: أن الخنثىٰ كأنه بنت من وجه، وابن من وجه، وللبنت تكون نصف الابن في الميراث، ونصف ميراث الرجل ونصف ميراث المرأة، ثلاثة أرباع الميراث، فيجعل المال على سبعة أسهم: للابن أربعة أسهم، وللخنثىٰ ثلاثة أسهم، ولم يأخذ بهذا.

= ورُوي عن ابن عباس، عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (أنه سُئِلَ عن مولودٍ وُلِدَ في قوم، وله ما للمرأة وما للرجل، كيف يُوَرَّث؟ قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: من حيث يبول) [أخرجه البيهقي في الكبرىٰ ٦/ ٢٦١]، وإسناده ضعيف؛ ولكن مما يقوي الحديث: إن العمل جار عليه، قال ابن المنذر: (أجمع كل مَن نحفظ عنه من أهل العلم: على أن الخنثىٰ يورَّث من حيث يبول)، [كما قال ابن قدامة في المغني ٧/ ١١٤]؛ ولأن ظهور البول منه، يدل على أنه هو المجَرىٰ الأصلي، فاعتُبر دون غيره). شرح مختصر الطحاوي ٤/ ١٤٩، ١٥٠.

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ١٤٨، ١٤٩.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١٥٥.

وتفسير آخر: أن الخنثىٰ [لو كان] ابناً فله نصف الميراث، ولو كان بنتاً كان لها الثلث، فاجعل المال على اثني عشر: للخنثىٰ في حال الثلث أربعة أسهم، وفي حال النصف ستة أسهم، فالأربعة واجبة بيقين، والشَّكُّ وقع في سهمين فاطرح نصفه، وثبت نصفه، فصار للخنثىٰ خمسة أسهم، وللآخر سبعة أسهم، وبه أخذ أبو يوسف.

وفي قوله الأول: وهو قول أبي حنيفة ومحمد: المال بينهما أثلاثاً للذكر مثل حظ الأنثيين، وهذا كله ما لم يبلغ، فأما إذا بلغ فإنه يظهر به العلامة لا محالة: إمّا علامة الرجل، وإمّا علامة النساء[1].

[أَحْكَامُ الخُنْثَىٰ فِي غَيْرِ المِيْرَاثِ]

وأما حكم غير الميراث، فإن احتاج الخنثىٰ المشكل إلى الختان، فليس للرجل أن يَخْتِنَه؛ لجواز أن يكون امرأة، وليس له أن ينظر إلى عورتها، وليس للمرأة أن تَخْتِنَه لجواز أن يكون رجلاً، فليس لها أن تنظر إلى عورته، ولكنه إن كان له مال يشترىٰ له جارية خَتَّانَةً فتختنه، فإن لم يكن له مال، فالإمام يشتري له من بيت المال جارية خَتَّانَةً [فَتَخْتِنُه]، ثم تُبَاع.

وقيل: (إن الإمام يزوجه امرأة ختانة فتختنه، حتى أنه لو كان ذكراً كانت امرأة فتختن زوجها، وإن كانت أنثىٰ فتنظر المرأة إلى عورة المرأة عند الضرورة)[2].

---

(١) وفي المختصر: (وقال محمد بن الحسن: الإشكال فيمن لم يبلغ، فإذا كان البلوغ ذهب الإشكال)، ص ١٥٥، ووَضَّحَ ذلك الجصاص بقوله: (وذلك لأنه لا يخلو بعد الظهور من إحدىٰ العلامات المبيِّنَة لأمره: من ظهور لحية، أو جماع كجماع الرَّجل، أو احتلام كاحتلام الرجل أو المرأة، أو حيضٍ، أو خروج ثديين كثديَيْ المرأة). شرح المختصر ٤/ ١٥١.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٥٦، وعلّق الجصاص على هذا القول: (ما حكاه أبو جعفر عن أصحابنا: هو أَصَحُّ من ذلك؛ إذا زوّجناه، كان عقد النكاح مشكوكاً فيه ...)، الشرح =

وموقعه في الصلاة: بعد صفوف الرجال قبل صفوف النساء؛ حتى أنه لو كان ذكراً لا تفسد صلاته قبل صفوف النساء، وإن كانت [أنثىٰ] لا تفسد صلاة الرجال قبلها.

وأما حكم الغسل إذا مات: فليس للرجل أن يغسله؛ لجواز أن يكون أنثىٰ، وليس للمرأة أن تغسله؛ لجواز أن يكون ذكراً، ولكن يؤممه، والذي يؤممه سواء كان رجلاً أو امرأة، إن كان ذا رحم محرم منه يؤممه من غير خِرقة، وإن كان أجنبياً يؤممه مع الخرقة، ويكف بصره عن ذراعيه.

ولو حضر القتال وأخذ غنائم، فإنه يُرْضَخُ له شيء، ولا يعطىٰ له سهماً كاملاً؛ لما ذكرنا أنه يبنىٰ أمره على الأقل حتى يثبت الأكثر، على هذا جميع أحكامه. [والله تعالىٰ أعلم](١).

= ٤/ ١٥٢.

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٥٤ - ١٥٦؛ شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٤/ ١٤٧ - ١٥٢.

كتاب الوَصَايَا[(١)]

قال أبو جعفر رحمه الله تعالىٰ: (**ولا وصية لوارث، إلاّ أن يجيز ذلك الورثة [سواه] بعد موت الموصي، وهم أصحاء بالغون**)[(٢)].

اعلم بأن الوصية: إيجاب الملك بعد الموت كالميراث[(٣)]، إلا أن الفرق وقع

---

(١) (أراد بالوصايا: ما يعم الوصية والإيصاد، يقال: أوصىٰ إلى فلان، أي: جعله وصيًا، والاسم منه الوصاية: [هي مقصورة عن إقامة الإنسان غيره مقام نفسه بعد وفاته في تصرف من التصرفات، أو في تدبير شؤون أولاده الصغار ورعايتهم، ويُسمىٰ ذلك الشخص المقام وَصِيًّا]. وأوصىٰ لفلان، بمعنىٰ: ملكه بطريق الوصي.

ثم الوصية: اسم بمعنىٰ المصدر، ثم سمي به: الموصىٰ به، وهي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت). اللباب (مع الجوهرة) ٢/ ٣٦٧؛ معجم المصطلحات الاقتصادية ص٣٥٠.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٥٦.

(٣) (والوصية مستحبة، وغير واجبة، وقبولها من الموصَىٰ له والرد، يعتبر بالموت)، كما في خزانة الفقه ص٣٤٨.

(وقد رُوي: أن الوصية كانت واجبة للوالدين والأقربين قبل نزول آية المواريث، بقول الله تعالىٰ: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠].

ثم نسخ وجوبها بآية المواريث، وهي قوله تعالىٰ: ﴿إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ فَإِن كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِن كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَن تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [النساء: ١٧٦].

فأوجب قسمة جميع ما ترك الميت بينهم بالميراث، فَسَقَط به فرض الوصية والميراث من مال واحد)، [انظر: أحكام القرآن للجصاص ١/ ١٦٥]. شرح مختصر الطحاوي ٤/ ١٥٣.

بينهما: أن الميراث يدخل في ملك الوارث من غير قبول، والوصية لا تدخل في ملك الموصىٰ له من غير قبول.

والقبول على ضربين: قبول بالصريح، وقبول بالدليل: فالصريح: أن يقول: قبلت بعد موت الموصي، والدليل: أن يموت الموصىٰ له قبل القبول، والرد بعد موت الموصي، فيكون موته قبولاً للوصية، ويكون ذلك ميراثـًا لورثته.

[أَنْوَاعُ الوَصَايَا]

ثم الوصايا على أربعة أوجه:

في وجه: تجوز سواء أجازت الورثة أم[1] لم يجيزوا.

[٢٠٨-أ] وفي وجه: إن أجازت الورثة جاز، وإن لم يجيزوا لا تجوز،/ وفي وجه: لا تجوز وإن أجازت الورثة.

وفي وجه: اختلفوا.

أما الوجه الذي تجوز أجازت الورثة أم لم يجيزوا: فهو إذا أوصىٰ لأجنبي بثلث ماله، وكذلك لو أوصىٰ لأجنبي بجميع ماله وليس له وارث، نفذت وصيته ولا يحتاج إلى إجازة بيت المال.

وأما الوجه الذي تجوز بإجازة الورثة: فهو أنه إذا أوصىٰ بأكثر من ثلث

---

(١) الأصل في جواز الوصية: قول الله تعالىٰ في ذكر المواريث: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِينَ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٖۚ﴾ [النساء: ١٢].

فأجاز الوصية، وجَعَلَ الميراث بعدها.

وروىٰ ابن عمر عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (ما حقُّ امرئٍ مسلم يبيت ليلتين، وله مال يوصي فيه، إلاَّ ووصيته مكتوبة عنده) [البخاري (٢٧٣٨)؛ ومسلم (٤٢٩١)]. انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ١٥٤.

ماله لأجنبي، فإن ما زاد على الثلث لا يجوز إلا بإجازة الورثة، وكذلك لو أوصىٰ لواحدٍ من الورثة، فإنه لا تجوز إلا بإجازة سائر الورثة، وهم أَصِحَّاءُ بالغون.

وأما الوجه الذي لا تجوز وإن أجازت الورثة: فهو أنه إذا أوصىٰ لحربي [وهو] في دار الحرب، فإنه لا تجوز، ولو أوصىٰ لحربي مستأمن تجوز في ظاهر الرواية، والقياس أن لا تجوز، وفي الاستحسان تجوز.

[الوَصِيَّةُ لِلذِّمِّيِّ]

والوصية للذمي جائزة، سواء كان كتابياً، أو مجوسياً، قياساً واستحساناً.

وكذلك إذا أوصىٰ الذمي للمسلم، أو للمستأمن، يجوز.

والمستأمن إذا أوصىٰ للذمي، أو المسلم، يجوز.

وهؤلاء كلهم لا تجوز وصيتهم للحربي الذي هو في دار الحرب.

ولو أن المستأمن أوصىٰ بجميع ماله للذمي أو للمسلم تجوز، فإن كان [معه] ورثة مستأمنون تعتبر إجازتهم، إن أجازوا [جاز]، وإن لم يجيزوا تجوز الوصية في الثلث، ولا تعتبر إجازة الورثة الذين في دار الحرب، ولا ماله الذي في دار الحرب، وإنما يعتبر المال الذي معه، والورثة الذين معه أيضاً.

[الوَصِيَّةُ الَّتِي عَلَىٰ الاِخْتِلاَفِ]

وأما الوصية التي هي على الاختلاف: فهي أنه إذا أوصىٰ لقاتله فأجازت الورثة، في قول أبي حنيفة ومحمد: تجوز، وفي قول أبي يوسف: لا تجوز.

وفي كل موضع يحتاج إلى الإجازة، فإنما يجوز إذا كان المجيز من أهل الإجازة، نحوما إذا أجاز وهو عاقل بالغ صحيح.

ولو أجاز وهو مجنون أو صغير، لا تجوز إجازته، ولو كان مريضاً وهو بالغ إن برئ من ذلك المرض، صَحَّتْ إجازته، وإن مات من ذلك المرض، فإن إجازته بمنزلة ابتداء الوصية، حتى أن الموصىٰ له لو كان وارثاً، لا تجوز إجازته [له، إلا أن يجيزوها ورثة المريض بعد موته(١).

ولو كان أجنبياً، فإنه تجوز إجازته] وتعتبر من الثلث. هذا معنىٰ قول الطحاوي في الكتاب: (**إلا أن يجيز ذلك سائر الورثة وهم أصحاء بالغون**)(٢).

[إجازة بعض الورثة دون البعض]

ولو أجاز بعض الورثة ولم يجز البعض، ففي حق الذي أجاز كأنَّهم كلهم أجازوا، وفي حق الذي لم يجز كأنهم كلهم لم يجيزوا.

وبيان هذا: إذا رجل مات وترك: ابنين، وأوصىٰ لرجل بنصف ماله، فإن أجازت الورثة، فالمال بينهم أرباعاً: للموصىٰ له ربعان وهو النصف، وربعان للابنين لكل واحد ربع المال.

ولو لم يجيزوا، فللموصىٰ له ثلث المال، والثلثان للابنين لكل واحد ثلث المال، ولو أجاز أحدهما ولم يجز الآخر، يجعل في حق الذي أجاز كأنهما أجازا، ويعطىٰ ربع المال، وفي قول الذي لم يجز: يجعل كأنهما لم يجيزا، ويعطىٰ ثلث المال، والباقي يكون للموصىٰ له، فيجعل المال على اثني عشر، لحاجتنا إلى الثلث، وإلى الربع، فالربع للذي أجاز: وهو ثلاثة، والثلث للذي لم يجز: وهو

---

(١) (وذلك لأن الوارث إنما مُنِعَ الوصية؛ لأنه قد استحق الميراث، فلا يجوز تفضيله على سائر الورثة على ما سُمِّي له من الميراث؛ لدخول النقص والضرر عليهم ممَّن قد شاركهم في ميراثهم، فإن أجازَتْها الورثة، جازت؛ لأن ذلك كان حقًّا لهم، فرضوا بإسقاطه)، كما قال الجصاص في الشرح ٤/ ١٥٧.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٥٦.

أربعة، وبقي خمسة: فهي للموصىٰ له.

[أَنْوَاعُ الوَصِيَّة]

ثم الوصية على أنواع ثلاثة: في وجه: يكون الموصىٰ له كالمُوْدَعِ، والوصية في يد الوصي أو الورثة وَدِيْعَةٌ.

وفي وجه: يكون الموصىٰ له كالشَّرِيك.

وفي وجه: كالغريم:

أما الوجه الذي يكون المال كالوَدِيْعَةِ، والموصىٰ له كالمُوْدَعِ: نحو ما أوصىٰ له بعين مال قائم، وذلك يخرج من الثلث، حتى أنه لو هلك من غير تَعَدٍّ لا ضمان عليه، كالوديعة سواء، ولو استهلكه الوَصِيُّ أو الوارث، يغرم قيمته للموصىٰ له.

وأما الوجه الذي يكون فيه كالشريك مع الوَرَثَةِ: فهو كما إذا اوصىٰ له بثُلُثِ ماله، أو برُبُعِ ماله، فيكون مال الميت مشتركاً بينهما، ما هلك هلك بالحساب، وما بقي بقي بالحساب، وإنما يعتبر مال الموصي بعد موته لا قبل موته، حتى أنه لو أوصىٰ لرجل بثلث ماله ولا مال له، ثم استفاد مالاً، ثم مات، فإنه يعطىٰ ثلث ذلك للموصىٰ له / . [٢٠٨-ب]

وكذلك إذا كان له عند الوصية مال كثير، ثم هلك بعضه أو استهلكه، فإنه يعتبر ماله وقت موته.

وأما الوجه الذي يكون الموصىٰ له كالغريم: فهو كما إذا أوصىٰ له بدراهم مرسلة، وله دراهم أو ليس له دراهم، ثم مات، فإنه يعطىٰ الموصىٰ له تلك الدراهم إن كانت حاضرة، وإن لم تكن حاضرة، فإنه تباع تركته ويعطىٰ تلك الدراهم، وصار هذا كالدَّين.

إلا أن الفرق بين هذا وبين سائر الديون: أنه يبدأ أولًا بدَيْنِ الصِّحَّةِ، ثم بدَيْنِ المَرَض، ثم ما بقي حينئذٍ بدَيْنِ الوَصِيَّة.

وفرق آخر: أن سائر الديون لا تعتبر من ثلث ماله، ودَيْنُ الوَصِيَّةِ يعتبر من ثُلُثِ ماله.

[الأفضل في الوصية للغني والفقير]

(والأفضل لمن كان له ملك قليل: أن لا يوصي بشيء إذا كان له ورثة)[١]؛ لأن الوصية صلة الأجانب، وإن لم يوصِ تكون صلة لأقربائه، فهذا أولىٰ، **(والأفضل لمن كان له مال كثير: أن لا يجاوز على الثلث فيما لا معصية فيه)**[٢].

ولو أوصىٰ بالسُّدُسِ كان أفضل من الوصية بالرُّبُع، والوصية بالرُّبُع أفضل من الوصية بالثلث.

[الوصية بسهم من ماله]

قال: **(ومن أوصىٰ لرجل بحظ ماله، أو بشيء من ماله، أو بنصيب من ماله، أو ببعض من ماله، فإن البيان إلى الموصي ما دام حيًا، فإذا مات فالبيان إلى الورثة)**[٣].

---

(١) تكملة العبارة: (... وأن يبقيه ميراثًا لورثته) ص ١٥٧؛ وذلك لقوله صلىٰ الله عليه وسلم في حديث سعد: (... إنك إن تترك ورثتك أغنياء، خير أن تدعَهُم عالة يتكَفَّفُون الناس)، البخاري (١٢٣٣)؛ ومسلم (١٦٢٨).

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١٥٧؛ وذلك لما روي في قصة سعد بن أبي وقاص، حين أراد أن يوصي بجميع المال، فقال: (الثلث، والثلث كثير)، البخاري (٥٠٣٩)؛ ومسلم (١٦٢٨)، (وهو اتفاق من الأمة) كما ذكر الجصاص في الشرح ٤/ ١٥٤؛ وابن قدامة في المغني ٦/ ٤١٤.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص١٥٧.

ولو أوصىٰ بسهم من ماله، فإن على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: ينظر إلى سُدُسِ جميع المال إلى أخسِّ سِهَامِ الورثة، أيهما كان أقل، فله ذلك[١].

وبيان ذلك: إذا كانت الفريضة من أربعة، أو من خمسة، أو من ستة، فالسدس أقل من أخسّ سهام الورثة، فيعطىٰ إياه، ومتىٰ كانت الفريضة أكثر من ستة فلا يعطىٰ السدس، وإنما يعطىٰ أخسّ سهام الورثة.

وأما على قولهما: فإنه يعطىٰ أخسّ سهام الورثة في الأحوال كلها، إلاّ إذا جاوز أخسّ السهام عن الثلث، فحينئذٍ يعطىٰ الثلث ولا يعطىٰ الأخسّ؛ لأن الوصية لا تكون أكثر من الثلث.

وكذلك هذا الاختلاف: فيمن أقرّ بسهم من داره لفلان؛ عند أبي حنيفة: يقع ذلك على سدس داره، وعندهما: البيان إلى المُقِرِّ، وكذلك لو أعتق من عبيده سَهْماً؛ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: يُعْتَق سُدُسُه، وعندهما: يُعْتَقُ كله؛ لأن العتق عندهما لا يتجزأ.

[الوصية بمثل نصيب ابنه]

قال: (ومَنْ أوصىٰ لرجل بمثل نصيب ابنه)[٢]، [فهذا لا يخلو: إما أن يوصي له بمثل نصيب ابنه، أو بنصيب ابن] كان له ابن أو لم يكن، أو أوصىٰ له بمثل نصيب

(١) وذلك لأن اسم السهم يتناول نصيب كل واحد من الورثة؛ لأنك تقول: لفلان سهمٌ من كذا، وكذا سهماً، فإذا كان كذلك، أعطي مثل نصيب أحدهم، ولم يجاوز به أبو حنيفة السدس؛ لما روي عن ابن مسعود: (أن رجلاً جعل لرجل على عهد رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم سهماً من ماله، ولم يدرِ ما هو، فرفع إلى رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، فجعل له السدس من ماله)، (أخرجه البزار في مسنده، والطبراني في الأوسط، عن محمد بن عبيد الله العرزمي، عن أبي قيس، وقال: لا نعلم يروىٰ عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم إلا من هذا الوجه، وأبو قيس ليس بالقوي، وذكر عبد الحق في أحكامه وقال: العرزمي متروك)، كما ذكر الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٤٠٧.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٥٧.

ابن لو كان، فإن أوصىٰ بنصيب ابنه، أو بنصيب ابنته، وله ابن أو بنت، فإنه لا تصح الوصية؛ لأن نصيب ابنه أو ابنته يثبت بنص الكتاب، فإذا أوصىٰ بنصيبه لرجل، فقد أراد أن يغير ما فرض الله تعالىٰ، فلا يَصِحُّ.

ولو أوصىٰ بنصيب ابن، أو بنت، وليس له ابن أو بنت، فإنه تَصِحُّ وصيته؛ لأنه ليس في وصيته تغيير ما فرض الله تعالىٰ في كتابه.

ولو أوصىٰ بمثل نصيب ابنه أو ابنته، وله ابن أو بنت، فإنه تجوز؛ لأن مثل الشيء غيره لا عينه، فيقدر[1] نصيب الابن ثم يزاد عليه مثله، فيعطىٰ الموصىٰ له، فإن كان أكثر من الثلث يحتاج إلى إجازة الورثة، فإن كان ثلثاً أو أقل، فإنه تجوز بغير إجازة: نحو ما إذا أوصىٰ بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد، صار موصياً له بنصف المال؛ لأن مثل الابن كالابن.

ولو كان له ابنان، يكون المال بينهما نصفين، (كذلك هاهنا يكون المال بينهما نصفين)[2]: نصف للابن، ونصف للموصىٰ له إن أجاز الابن، وإن لم يجز الابن فللموصىٰ له الثلث.

وإن كان له ابنان: فللموصىٰ له الثلث من المال، ولا يحتاج إلى الإجازة، ولو أوصىٰ مثل نصيبي ابنته وله ابنة واحدة، فإنه يكون للموصىٰ له نصف المال؛ لأن نصيب ابنته نصف المال، فبمثله يكون نصف المال أيضاً إن أجازت البنت، وإن لم تجز فله الثلث.

ولو كانت له ابنتان والمسألة بحالها، فيكون للموصىٰ له ثلث المال؛ لأن الابنتين يكون لهما ثلثا المال لكل واحدة الثلث، فمثل نصيب أحدهما يكون ثلثه أيضاً، والثلث يكون للموصىٰ له / . [٢٠٩-أ]

---

(١) في م (فيفرز).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

ولو أوصىٰ بنصيب ابن لو كان، فالجواب فيه كما لو أوصىٰ بمثل نصيب ابنه، يعطىٰ نصف المال إن أجازت الورثة.

ولو أوصىٰ بمثل نصيب ابن لو كان ابن، فإنه يعطىٰ له ثلث المال؛ لأنه أوصىٰ [له] بمثل نصيب ابن معدوم، فلا بد من أن يقدر نصيب ذلك الابن حتى يكون له مثل، ونصيب ذلك الابن سهم، فبمثله يكون سهماً أيضاً، فقد أوصىٰ له بسهم من ثلاثة أسهم، فله سهم من الحاصل.

[الوَصِيَّةُ بِالرُّبُعِ لِرَجُلٍ وبالنِّصْفِ لآخَر]

قال: ومن أوصىٰ لرجل بربع ماله، وللآخر بنصف ماله، فإن أجازت الورثة، فنصف المال يكون للذي أوصىٰ له بنصف ماله، وربعه للذي أوصىٰ له بالربع، وبقي الربع فيكون بين الورثة على فرائض الله تعالىٰ(١).

ولو لم تُجِز الورثة فإنما تجوز الوصية في الثلث، فيكون ثلث المال بينهما على سبعة أسهم: أربعة أسهم من ذلك للموصىٰ له بالنصف، وثلاثة أسهم للموصىٰ له بالربع، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، وفي قولهما: ينقسم بينهما على ثلاثة أسهم: سهمان للموصىٰ له بالنصف، وسهم للموصىٰ له بالربع.

وإنما ينقسم على سبعة أسهم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ؛ لأن من مذهبه أن الموصىٰ له بالنصف لا يضرب إلا بالثلث، والموصىٰ له بالربع يضرب له بالربع، فاحتجنا إلى حساب له ثلث وربع، وذلك يخرج من اثني عشر: الثلث من ذلك أربعة، والربع منه ثلاثة، فتجعل وصيتهما على سبعة، وذلك ثلث المال، وثلثا المال مثلاً ذلك أربعة عشر، فالكل أحد وعشرين، فيجعل المال كله على

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٥٨؛ (وذلك لأن المال يتَّسع لهما، وقد أجازته الورثة؛ لأن الوصيَّتَيْن صحيحتان، وإنما لم يكن تنفيذهما إلا من الثلث؛ لِحقِّ الورثة، فإذا أجازتها الورثة، نَفَذَت)، كما في شرح الجصاص ٤/ ١٦٥.

أحد وعشرين: سبعة فيها للموصىٰ لهما [بالثلثين]، وأربعة من ذلك للموصىٰ له بالنصف، وثلاثة من ذلك للموصىٰ له بالربع.

وعند أبي يوسف ومحمد: ينقسم المال على ثلاثة أسهم؛ لأن الموصىٰ له بالنصف يضرب بجميع وصيته عندهما، والموصىٰ له بالربع يضرب بالربع، والربع مثل نصف النصف، فيجعل لكل ربع سهما، فالنصف يكون سهمين، والربع سهم، فيكون ثلاثة، فينقسم الثلث بينهما على ثلاثة: سهمان للموصىٰ له بالنصف، وسهم للموصىٰ له بالربع.

[الوَصِيَّةُ بِأَكْثَرَ مِن الثُّلُثِ]

والأصل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: (أن الموصىٰ له بأكثر من الثلث لا يضرب في الثلث بأكثر من الثلث إلا في ثلاثة وصايا: في الوصية بالعتق، وفي المُحَابَاة، وفي الدراهم المُرْسَلَة[١] إذا كانت الوصية أقل من الثلث: الربع، أو السدس ونحوه[٢]، فإنه يضرب بجميع وصيته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وعند أبي يوسف ومحمد: يجمع وصيته في المواضع كلها)[٣].

وتفسير الوصية بالعتق: أنه إذا أوصىٰ بعتق هذين العبدين، وقيمة أحدهما ألف درهم وقيمة الآخر ألفان، وليس له مال غير العبدين، فإن أجازت الورثة، يعتقان معـًا، وإن لم تجز الورثة، عُتِقَا من الثُّلُثِ، وثلث ماله ألف درهم، فالألف بينهما على قدر وصيتهما: ثلثا الألف للذي قيمته ألفان ويسعىٰ في الباقي، وثلثها

(١) قال الجصاص: (ذكر أبو جعفر الدراهم المرسَلة، والمال المرسَل كله بمنزلة الدراهم: مثل عشرة أثواب، وأربعين شاة، ونحو ذلك). شرح مختصر الطحاوي ٤/ ١٦٨.

(٢) (وفرَّق بين هذه الوصايا، وبين الوصية بجميع المال؛ وذلك لأن ما زاد على الثلث إلى النصف، أو الجميع، فهو نصيب الوارث، فلا تصح له المضاربة بها، وأما الوصية بالمال المُرْسَل، فليست وصية بمال الوارث). شرح مختصر الطحاوي ٤/ ١٦٨.

(٣) مختصر الطحاوي ص١٥٨، ١٥٩.

للذي قيمته ألف ويسعىٰ في الباقي.

وكذلك في المحاباة[١]: إذا كان له عبدان وقيمة أحدهما ألف ومائة، وقيمة الآخر ستمائة، فأوصىٰ بأن يباع أحدهما من فلان بمائة، والآخر بمائة من فلان آخر، فقد حصلت المحاباة هاهنا لأحدهما بألف، والآخر بخمسمائة.

وذلك كله وصية؛ لأنها حصلت في حالة المرض، فإن خرج ذلك من الثلث جاز، وإن لم يخرج من الثلث، ولا أجازت الورثة، جازت المحاباة بقدر الثلث، وذلك [الثلث] بينهما على قدر وصيتهما: أحدهما يضرب فيه بألف، والآخر بخمسمائة، وكذلك في الدراهم المرسلة: كما إذا أوصىٰ له بألف، وللآخر بألفين، وثلث ماله ألف، فإن الثلث يكون بينهما أثلاثاً، كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته، وإنما يضرب الموصىٰ له في هذه المواضع الثلاثة بجميع وصيته؛ لأن الوصية في مخرجها صحيحة؛ لجواز أن يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث، بخلاف ما إذا أوصىٰ[٢] لرجل بثلث ماله، وبنصفه، أو بجميعه للآخر؛ لأن اللفظ في مخرجه غير صحيح؛ لأن ماله قَلَّ أو كثر، / أو خرج له مال آخر يدخله [٢٠٩-ب] في تلك الوصية، فلا يخرج من الثلث[٣].

[الوصية بجميع ماله لرجل وبثلثه لآخر]

ولو أن رجلاً أوصىٰ بجميع ماله لرجل، وثلث ماله لآخر، إن لم يكن له ورثة أو كانت له ورثة، فأجازوا، فإن المال يقسم بينهما على طريق المنازعة[٤] عند أبي

---

(١) (المُحَابَاة -بضم الميم-، من حابا يحابي حَبَاء: إعطاء أحد المتماثلين، أو الحط عنه، أكثر من الآخرين بغير وجه صحيح، كالهبة لأحد أولاده دون بقيَّتهم من غير مبرر لذلك)، معجم لغة الفقهاء (المحاباة).

(٢) في م (وليس كذلك فيما إذا أوصىٰ بثلث ماله لرجل، وبنصف ماله أو بجميع ماله لآخر).

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ١٦٨؛ خزانة الفقه ص٣٤٩.

(٤) نازع من نزع، ومنه: نازع فلاناً في كذا: خاصمه وغالبه. انظر: المعجم الوسيط (نزع).

حنيفة رحمه الله تعالىٰ، فما زاد على الثلث فذلك كله يعطىٰ للموصىٰ له بجميع المال بلا منازعة، فاستوت منازعتهما في الثلث، فيقسم بينهما نصفين.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد: يقسم بينهما على طريق العَوْل، ويضرب كل واحد منهما بجميع وصيته، الموصىٰ له بالثلث يضرب بالثلث: وهو سهم، والموصىٰ له بالجميع يضرب بالجميع: وهو ثلاثة أسهم، فيحصل المال بينهما على أربعة أسهم: لصاحب الثلث سهم، ولصاحب الجميع ثلاثة، هذا إذا أجازت الورثة.

ولو لم تجز الورثة، جازت الوصية في الثلث، وثلث المال يكون بينهما نصفان، وإنما يقسم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ بينهما نصفان؛ لأن للموصىٰ له بأكثر من الثلث لا يضرب إلا بالثلث، وأما على قولهما: يضرب كل واحد بجميع وصيته فتقسم أرباعاً.

[الوَصِيَّة بِالحَمْل ولِلْحَمْلِ]

قال: (**والوصية بالحَمْل، وللحمل جائزة إذا ولدت؛ لِمَا يعلم أنه كان موجوداً في البطن وقت الوصية**)(١).

أما الوصية بالحمل جائزة، كما إذا أوصىٰ لرجل بما في بطن جاريته ولم يكن ذلك الولد من المولىٰ، أو أوصىٰ له بما في بطن دابته، فإن الوصية جائزة إذا علم (أنه كان موجودًا) في البطن وقت الوصية: ومعرفته أنها إذا ولدت لأَقَلّ من سنة من وقت موت المُوْصِي، فذكر الطحاوي: أنه تعتبر المدة من وقت الوصية(٢)،

(١) مختصر الطحاوي ص ١٥٩؛ (وذلك لأن الوصية بالمجاهيل جائزة، ألا ترىٰ أنه لو أوصىٰ له بثلث ماله، جازت مع جهالة مقدار ماله وقت الموت)، كما في الشرح ٤/ ١٦٩.
(٢) حيث قال الطحاوي: (... وإذا ولد؛ لِمَا يُعلم أنه كان محمولًا به يوم كانت الوصية) ص١٥٩.

ولو ولدت لستة أشهر بعد الموت أو أكثر، فإن الوصية باطلة؛ لجواز أن يكون الولد حدث بعدها، إلا إذا كانت الجارية في العدة؛ فحينئذٍ لأجل ثبوت النسب تعتبر إلى سنتين، فإن لم تكن في العدة فتعتبر لأقل من ستة أشهر في الجارية، وفي الدابة سواء.

ولو أوصىٰ بالجارية لرجل وبما في بطنها لآخر، فإنه يجوز، ولو ولدت لأقل من ستة أشهر، فلكل واحد ما أوصي له به، إلا إذا ولدت لأكثر من ستة أشهر بعد موت الموصي، أو لستة أشهر فحينئذٍ لا تجوز وصيته في الولد، وكلاهما [يكون] للموصىٰ له بالجارية.

وأما الوصية للحمل: فهي نحوما إذا أوصىٰ بثلث ماله لما في بطن فلانة، فإنه تجوز إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت موت المُوْصِيْ، وذكر الطحاوي: أنه يعتبر وقت الوصية، وكذلك لو أوصىٰ بثلث ماله لما في بطن دابة [فلان] لينفق عليه، فإن الوصية جائزة إذا قَبِلَ [ذلك] صاحب الدابة، وتعتبر المدة فيه على ما ذكرنا.

[الإِقْرَارُ بِمَالٍ لِمَا فِي بَطْنِ فُلانَة]

ولو أقر بالمال لما في بطن فلانة، فذلك على ثلاث أوجه: في وجه يجوز في قولهم، وفي وجه: لا يجوز في قولهم، وفي وجه: اختلفوا فيه.

أما الوجه الذي يجوز في قولهم: فهو ما إذا أقرَّ بمال وبَيَّنَ السبب، كما إذا قال: لما في بطن فلانة على ألف درهم؛ لأني استهلكت ماله، أو سرقت له، أو غصبت، فهذا كله بسبب صحيح، يجوز إقراره به.

وأما الوجه الذي لا يجوز إقراره في قولهم: فهو كما إذا قال: لما في بطن فلانة على ألف درهم؛ لأني استقرضت منه، فهذا لا يجوز؛ لأنه أحال في كلامه.

وأما الوجه الذي اختلفوا فيه: فهو كما إذا قال: لما في بطن فلانة على ألف درهم مطلقاً، فهذا الإقرار باطل؛ (لأن الأمر بالدَّيْنِ المُطْلَق يحمل على المُدَايَنَةِ، وذلك محال من الولد الذي لم يوجد بعد، وهذا على)[1] قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالىٰ، وعلى قول محمد: هذا الإقرار صحيح.

[الوصية بالأَمَة لرجل ثم يوصي بها لآخر]

قال: **(ومن أوصىٰ بأمة لرجل ثم أوصىٰ بها لآخر، كانت الأمة بينهما نصفين)**[2]، إذا أوصىٰ بالعين لرجل وأوصىٰ بتلك العين لإنسان آخر، فإن الوصية الثانية لا تكون رجوعاً عن الوصية الأولىٰ، وتكون بينهما، والوصية كانت لكل واحد منهما بجميع الأَمَةِ، إلا أنه لأجل المزاحمة يكون بينهما نصفين، ألا ترىٰ أنه لو مات / أحدهما قبل موت المُوْصِي، أو لم يقبل أحدهما الوصية، كانت كل الأمة للآخر، وهذا كما تقول في الشفعة: إذا بيعت داراً ولها شفيعان جاران أو شريكان، تثبت الشفعة لكل واحد منهما في جميع الدار، إلاّ أنه لأجل المزاحمة يكون بينهما نصفين، حتى أنه لو تسلم أحدهما الشفعة قبل أن يقضي القاضي بينهما، فإن الدار كلها للآخر، ولو قبلا الوصية ثم رَدَّ أحدهما، فإن النصف للموصىٰ له، والنصف للورثة كما في فصل الشفعة، أن أحدهما إذا سَلَّم الشفعة بعد ما قضىٰ له القاضي بالشفعة، فإنه يكون ذلك النصف للمشتري، ولا يكون للشفيع الآخر، هذا إذا أوصىٰ بالأمة لهذا، ثم أوصىٰ بتلك الأمة لآخر. [٢١٠-أ]

وبمثله لو أوصىٰ بتلك الأمة لهما جميعاً، فتكون الوصية هاهنا لكل واحد [منهما] بنصف الأمة، وتكون بينهما لو قَبِلاَ، ولو لم يقبل أحدهما أو مات

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٥٩.

قبل موت المُوْصِيْ، بطلت وصيته وعادت إلى ورثة الموصي، ولم تعد إلى صاحبه؛ لأن الوصية في الأصل حصلت لكل واحد منهما بنصف الأمة، فلذلك افترقا.

هذا إذا لم يكن بين الوصية الأولى وبين الثانية تناقض، وأما إذا كان بينهما تناقض، فالوصية الثانية تكون رجوعـًا عن الأولىٰ، كما إذا أوصىٰ بعبده لرجل، ثم أوصىٰ بعد ذلك أن يعتق، أو يباع من نفسه، أو أوصىٰ بأن يكاتب، أو يعتق بمال، أو بغير مال، فهذا كله يكون رجوعـًا عن الأولىٰ.

وبمثله لو أوصىٰ بأن يباع من فلان آخر، لا يكون رجوعـًا، وتكون الوصية لهما [جميعًا]؛ لأن كلتا الوصيتين تمليك: إحداهما ببدل واللأخرىٰ بغير بدل، فيكون العبد بينهما: نصفه لهذا، ونصفه يباع للموصىٰ له بالبيع.

ولو أوصىٰ بأن يعتق، ثم أوصىٰ بعد ذلك بأن يباع من فلان، يكون رجوعـًا عن الوصية بالعتق(١).

[الوَصِيَّةُ بِأَمَةٍ كَانَ قَدْ أَوْصَىٰ بِهَا قَبْلُ لآخَرَ]

ولو أوصىٰ بأمة لرجل، ثم قال الموصي: الأمة التي كنت أوصيت بها لفلان فقد أوصيت بها لفلان آخر، أو قال: قد [أوصيت] بها، أو قال: أوصيت بها لفلان آخر، فعلىٰ هذه الفصول الثلاثة: يكون رجوعـًا عن الوصية الأولىٰ، [وتكون الوصية للثاني(٢).

الأصل في هذا: أن من أوصىٰ لرجل بوصية، ثم ذكر تلك الوصية، فأوصىٰ بها لآخر، يكون رجوعًا عن الأولىٰ](٣)، وتكون وصية للثاني.

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ١٧٠.
(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١٥٩.
(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من م، ج.

فإن لم يعد ذكر الوصية الأولىٰ، ولكن أوصىٰ بتلك العين لفلان آخر، تكون وصية لهما جميعاً، كما ذكرنا في الفصل الأول.

ولو قال: قد أوصيت [بها] بلفظ الواو، فلا يكون [ذلك] رجوعاً عن الوصية الأولىٰ، وتكون بينهما؛ لأن الواو للجمع والمشاركة.

ولو أوصىٰ بعبده لرجلين معاً، فإنه تكون وصية لكل واحد منهما بنصف العبد، ويكون العبد بينهما نصفين.

ولو أوصىٰ لهما وأحدهما ميت، يكون [ذلك] كله للحي، (وروي عن أبي يوسف: أنه إذا كان الموصي يعلم وقت الوصية أن فلاناً ميت، يكون كله للحي)[1]، وإن كان لا يعلم، فنصف العبد للحي، وفي ظاهر الرواية لم يفصل.

قال: ومن أوصىٰ بأمة لرجل، ثم باعها الموصىٰ أو أعتقها، أو كاتبها أو دبّرها، أو باعها من نفسها، فهذا كله يكون إبطالاً للوصية وفسخاً لها، بخلاف ما إذا أوصىٰ ببيعها من فلان، لا يكون رجوعاً، ولو باعها بنفسه يكون رجوعاً[2].

[أَنْوَاعُ الوَصِيَّةِ مِنْ حَيْثُ احْتِمَالُ الفَسْخِ وعَدَمُه]

الوصية على أربعة أوجه: في وجه: تحتمل الفسخ من جهة القول والفعل جميعاً.

وفي وجه: لا تحتمل الفسخ من جهة القول والفعل جميعاً.

وفي وجه: تحتمل الفسخ من جهة القول ولا تحتمل من جهة الفعل.

وفي وجه: تحتمل الفسخ من جهة الفعل ولا تحتمل من جهة القول:

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١٥٩؛ شرح مختصر الطحاوي ٤/ ١٧٠، ١٧١.

أما الوجه الذي تحتمل الفسخ من جهة القول والفعل جميعاً: فهي الوصية بالعين لرجل، وفسخها من جهة القول أن يقول: فسخت الوصية، أو رجعت عن تلك الوصية، وفسخها من جهة الفعل: أن يبيعه، أو يعتقه، أو يخرجه من مِلْكِهِ بوجه من الوجوه.

وأما الوجه الذي لا[1] يمكن الرجوع عنه لا من وجه القول ولا من وجه الفعل: فهو التدبير [المطلق].

وأما الوجه الذي[2] يجوز الرجوع عنه بالقول، ولا يجوز الرجوع بالفعل: فهو أن يوصي بثلث ماله، أو بربع ماله ثم يرجع [عنها، فإنه] يجوز/ ، ولو أخرجه عن ملكه بالبيع والهبة، فإنه لا تبطل الوصية، وتنفذ الوصية من ثُلُثِ الباقي. [٢١٠-ب]

وأما الوجه الذي[3] لا يجوز الرجوع عنه [من جهة القول، ويجوز من جهة الفعل]: فهو التدبير المُقَيَّد: وهو أن يقول: إن مِتُّ من مرضي[4] هذا فأنت حر بعد موتي، فإن رجع بالقول لا يَصِحُّ، وإن رجع بالفعل يَصِحُّ كما إذا باعه.

[تَصَرُّفُ المَرِيضِ بِمَرَضِ المَوْتِ]

قال: (فكل مرض صار به صاحب فراش ثم مات فيه، صار حكمه كحكم المريض)[5].

---

(١) في م (لا يحل).
(٢) في م (وأما الوصية التي يجوز).
(٣) في م (وأما الوصية التي يجوز الرجوع عنها).
(٤) في م (من مرض كذا).
(٥) عبارة المختصر: (... كان حكم ما كان فيه من ذلك المرض، في حكم الوصايا، إذا كان ذلك بلا عوض يعوضه منه، فيه وفاء به)، مختصر الطحاوي ص ١٥٩.
وعبارة متن الشرح: (وتصرف المريض إذا اتصل به الموت، بمنزلة الوصية فيما يعتبر فيه الثلث) ٤/ ١٧٤.

تبرعات المريض تعتبر من الثلث كالهبة(١)، والصدقة، والوصية، والعتق، والتدبير، والمحاباة قدرما لا يتغابن الناس فيه وما يشابه ذلك، وكذلك إذا أبرأ غريمه، أو عفا عن دم العمد، يجوز بالاتفاق، ولا يعتبر من الثلث؛ لأن ذلك ليس بمال.

وأما كفالة المريض فهي على ثلاثة أوجه: في وجه: تكون كدَيْنِ الصِّحَّة، وفي وجه: كدين المرض، وفي وجه: كفالته وسائر الوصايا سواء:

أما الوجه الذي تكون كفالته كدين الصحة، والمكفول له يضرب بجميع ماله مع غرماء الصحة: فهو أن الرجل إذا كفل في حالة الصحة، وعلق ذلك بسبب، وجعل ذلك السبب في حالة المرض نحو ما إذا قال في حالة الصحة: ماذاب لك على فلان فهو عَلَيَّ، أو قال: ما وَجَبَ لك على فلان فهو عَلَيَّ، فتثبت له على فلان في حال مرض الكفيل، فهذا ودين الصحة سواء.

وأما الكفالة التي هي بمنزلة دَيْن المرض: فهي كما إذا أخبر المريض في مرضه: أني كفلت لفلانٍ في حالة صِحَّتِي، لا يُصَدَّق في حق غرماء الصحة، ويكون المكفول له مع غرماء المرض سواء.

وأما الوجه الذي يكون كسائر الوَصَايَا: فهو أنه إذا ابتدأ الكفالة في مرضه الذي مات فيه، فهذا وسائر الوصايا سواء.

---

(١) (وذلك لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم لسعد بن أبي وقاص حين قال: (أتصدق بجميع مالي؟ فقال: لا، إلى أن ردَّه إلى الثلث).

وفي حديث أبي هريرة عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (إن الله جَعَلَ لكم ثُلُثَ أموالكم في آخر أعماركم، زيادة في أعمالكم)، [البيهقي في الكبرىٰ ٦/ ٢٦٩؛ وعبد الرزاق في المصنف ٩/ ٥٥؛ شرح معاني الآثار ٤/ ٢٨٠]).

انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ١٧٤، ١٧٥.

[اعتِبَارُ تبرُّعَاتِ المَرِيْضِ مِنَ الثُلُثِ]

ثم المريض الذي تعتبر تبرعاته من الثلث: فهو أن يكون مريضاً صاحب فراش لا يطيق القيام إلى حاجته، ويعذر في الصلاة قاعداً، ويخاف عليه الموت وإن طال به المرض، ولا يخاف عليه الموت كالفالج[١] والسل ونحوهما، وكما إذا كان زَمِنًا، أو مُقْعَداً، أو يابس الشِّقِّ، فهذا [كله] لا يكون في حكم المريض إلا إذا تغير حاله، لو مات من ذاك التغيير فما فعل في ذلك في حالة التغيير، فإنه يعتبر من ثلث ماله[٢].

ومن كان محبوساً في السجن ليقتل قصاصاً، أو رجماً، فإنه لا يكون حكمه حكم المريض، وإذا أخرج ليقتل فحكمه في تلك الحالة حكم المريض، وإن كان في السفينة فحكمه حكم الصحيح، وإذا هاجت الأمواج فحكمه في تلك الحالة حكم المريض.

[وإذا كان في صف القتال فحكمه حكم الصحيح، ولو بارز فحكمه حكم المريض][٣].

ولو أعيد إلى السجن ولم يقتل، أو رجع بعد المبارزة إلى الصف، أو سكنت الأمواج، صار حكمه حكم المريض، إذا برئ من مرضه، ينفذ جميع تصرفاته من جميع ماله.

---

(١) (الفالج: شلل يصيب أحد شِقَّي الجسم طولًا)، المعجم الوسيط (فلج).
والسِّلُّ من السُّلاَل: مرض يصيب الرئة، يهزل صاحبه ويضنيه ويقتله. انظر: مختار الصحاح؛ المعجم الوسيط (سَلَّ).

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١٥٩؛ (وذلك لأنه ليس الغالب منه خوف الموت، فهو بمنزلة الصحة، وإن لم يكن أحد من الناس على ثقة من الحياة طرفة عين في صحة أو مرض، إلا أنه يعتبر منه الغالب من أمره في العادة)، كما في الشرح ٤/ ١٧٥.

(٣) في أ، ج (وكذلك إذا بارز في صف القتال بين يدي العدو) والمثبت من م.

وأما المرتد فإن عقوده موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ إلّا ثلاثـًا: النكاح، والإرث، والذبيحة، فإنه لا تجوز هذه الأشياء ولا تتوقف، وما سواها موقوف إن مات، أو قتل على رِدَّتِه بطل، وإن أسلم جاز، وعندهما: تنفذ، إلاّ عند أبي يوسف تنفذ أفعاله وتصرفاته كأفعال الصحيح، وعند محمد: تنفذ كأفعال المريض الكافر، فما جَازَ للكافر في حالة المرض من وصيته يجوز منه، وما لا فلا(١).

والمرأة إذا أخذها الطَّلْق فما فعلت في تلك الحالة، يعتبر من ثُلُثِ مالها(٢)، وإن سَلِمَتْ من ذلك، جاز ما فعلت من ذلك كله.

[الوَصِيَّةُ بالإِعْتَاقِ]

قال: (**ومن أوصىٰ بوصايا أو أعتق عبداً في مرضه، بدئ بالعتاق**)(٣).

الوصية بالاعتاق كما إذا أوصىٰ بأن يعتق، والوصية بالمحاباة كما إذا أوصىٰ بأن يباع عبده من [فلان] بمائة وقيمته ألف، فهذه وسائر الوصايا سواء.

وأما العتق المُنَجَّز في المرض أو ما يعتق بموته من غير أن يحتاج [فيه] إلى عتق الورثة: كالتدبير، والمحاباة المنجزة، فعلىٰ قول أبي حنيفة: المحاباة أولىٰ من العتق إذا بدأ به المريض، ولو بدأ بالعتق أولاً ثم باع وحابىٰ يَتَحَاصَّانِ مع العتق، ثم ما فضل يصرف إلى سائر الوصايا، نحو ما إذا أعتق أولاً ثم حابىٰ، ثم أعتق، فإن الثلث أولًا يصرف / إلى العتق الأول والمحاباة، فما فضل عنهما يصرف [٢١١-ب]
إلى العتق الثاني، فما فضل عنه يصرف إلى سائر الوصايا، وما يحصل للعتق الثاني يتحاصان مع العتق الأول، ولا يتحاصان مع المحاباة.

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٦٠.
(٢) (لأن غالب حالها الموت في العادة، كالمريض المُدْنف)، كما في شرح المختصر ٤/ ١٧٥.
(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٦٠.

ولو حابىٰ أولًا ثم أعتق ثم حابىٰ، يصرف الثلث إلى المحاباة الأولىٰ، والمحاباة الثانية بينهما، ثم يشارك العتق مع صاحب المحاباة الثانية، وهي نصف الثلث، فينقسم بينهما نصفين، فصار للمعتق ربع الثلث، والمحاباة الثانية كذلك، ونصف الثلث للمحاباة الأولى.

أما على قول أبي يوسف ومحمد: فالعتق المُنَجَّزُ يقدم على المحاباة كيفما كان قدّم المحاباة أو أخرَّها، والمحاباة وسائر الوصايا عندهما سواء.

[أَحْوَالُ الوَصَايَا]

ثم الوصايا لا تخلو: إما أن تكون كلها لله تعالىٰ، أو تكون كلها للعباد، أو تكون بعضها لله تعالىٰ وبعضها للعباد، وقد ذكرناها في كتاب الزكاة، فإذا أوصىٰ الرجل بوصايا فإن جوازها من الثلث، إن بلغ الثلث لهم جميعاً فَبِهَا ونِعْمَتْ [ويقسم]، وإن لم يبلغ كيف يقسم الثلث بينهم؟

فالوجه في ذلك: أن تجمع الوصايا كلها، ثم ينظر إليها وإلىٰ الثلث، وإلى نقصانها من الوصايا، فإن كان النقصان مثل نصف الوصايا، ينقص من كل وصية نصفها، وإن كان النقصان مثل ثلث الوصايا، ينقص من كل وصية ثلثها، نحوما إذا بلغت الوصايا ألف درهم: لأحدهم مائة، وللآخر مائتان، وللآخر ثلاثمائة، وللآخر أربعمائة، وللآخر خمسمائة، فالنقصان من خمسمائة إلى مبلغ الوصايا مثل نصفها خمسمائة، وينقص من كل وصية نصفها لصاحب المائة خمسون، ولصاحب المائتين مائة، على هذا القياس[1].

---

(١) انظر: الحاوي القُدْسي للغزنوي ٢/ ٤٧٠، ٤٧١.

[مَرَاتِبُ الأَوْصِيَاءِ]

قال: (والأوصياء البالغون الأحرار على ثلاث مراتب)[(١)]:

إما أن يكون الوَصِيُّ أميناً قوياً يمكن القيام على مال الميت والحفظ، وما يحتاج إليه في التصرف، فليس للحاكم أن يعزله.

وإما أن يكون الوَصِيّ أميناً ولكن لا يمكنه القيام على ماله من التصرف وغيره، فللقاضي أن يشد عضده بأمين آخر، ولا يعزله؛ لأنه أمين.

وإما أن يكون الوصي خائناً قد ظهرت خيانته، فللقاضي أن يعزله، وينصب وصياً آخر أميناً، حتى لا تتوىٰ تركة الميت[(٢)].

[وَصِيَّةُ الوَصِيِّ إلىٰ غَيْرِه]

قال: (وللوصي أن يوصي [إلى غيره][(٣)] بما أوصىٰ به إليه، أطلق ذلك له الوصي أو لم يطلقه)[(٤)]، بخلاف الوكيل، فإنه ليس له أن يُوَكِّلَ غيره؛ لأن بناء

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٦٠. سَمَّىٰ الطحاوي الأول: وَصِيٌّ مأمون على ما أوصىٰ به إليه، مضّطلع بالقيام به.

والثاني: وَوَصِيٌّ مأمون على ما أوصىٰ به إليه، غير مضطلع بالقيام به.

والثالث: وَوَصِيٌّ مخوف منه على ما أوصىٰ به إليه [من سماه المصنف خائناً قد ظهرت خيانته].

(٢) (والأصل في ذلك: أن الوَصِيَّ منصوب لحفظ مال الميت، والاحتياط للصغار، قال الله عز وجل: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢]، وقال: ﴿وَأَن تَقُومُوا۟ لِلْيَتَٰمَىٰ بِٱلْقِسْطِ﴾ [النساء: ١٢٧]، وقال سبحانه: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾ [البقرة: ٢٢٠]، فإذا كان الوصي مضطلعاً بها، مأموناً عليها: لم يتعرض له الحاكم ...)، كما قال الجصاص في الشرح ٤/ ١٨٣.

(٣) الزيادة من متن الشرح.

(٤) المصدر السابق ص ١٦١.

الوكالة على الخصوص، وبناء الوصايا على العموم.

ثم الوصي إذا أوصىٰ إلى غيره، فإنه ينظر: إن فَسَّر أنه يكون وصياً في الوصية الأولىٰ فهو على ما فسر، وإن أبهم ذلك فإن الثاني يكون وصياً لهما جميعاً بالمالين، وهذا عندنا.

وقال عبد الرحمن بن أبي ليلىٰ: يكون وصياً له خاصة، ولا يكون وصياً للأول.

وعندنا يكون وصياً لهما جميعاً؛ لأن العبرة في باب الوصايا إنما هي للولاية عند الموت، وحين مات الوصي الأول كانت الولاية على ماله، وعلى مال الوصي الأول، فلما أوصىٰ إلى الثاني وأبهم ذلك، فقد سلَّطه على جميع ماله، فصار وصياً لهما جميعاً.

والدليل على أن العبرة للولاية عند الموت: أن الرجل إذا أوصىٰ إلى رجل، ثم أن رجلاً أوصىٰ إلى الوصي، ثم مات الوصي الثاني، صار الوصي الأول وصياً له، ثم مات الوصي الأول ولم يوصِ بالوصية الثانية، فوصيه يكون وصياً لهما جميعاً؛ لأنه لما مات الوصي الأول مات وله ولاية على المالين جميعاً، فانتقلت ولايته إلى وصيّه وإنْ لم يُجَدِّدْ الوصية في المال الثاني[1].

[وَصِيَّةُ كَافِرٍ بَأَوْلَادِهِ لِمُسْلِمٍ]

فكذلك لو أن كافراً له أولاد مسلمون، فأوصىٰ هذا الكافر إلى مسلم وهو كافر، لا تجوز وصيته في حق الأولاد؛ لأنه لا ولاية للكافر على أولاد المسلمين[2].

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ١٨٤ - ١٨٦.

(٢) وذكر أبو الليث بأن (أربعة نفر لا يجوز الوَصِيَّة لهم: الوارث، والقاتل، والمرتدّ، والحربي مستأمناً كان أو غيره، وإن أجازت الورثة)، خزانة الفقه ص٣٤٨.

وبمثله لو أسلم الكافر قبل موته صَحَّتْ وصيته، وإن لم يجدد الوصية بعد الإسلام؛ لأن العبرة لوقت الموت.

فكذلك لو أن عبداً له أولاد أحرار من أمراة حرة، فأوصىٰ إلى رجل لا تجوز وصيته في حق الأولاد؛ لأن العبد / لا ولاية له على الأحرار، فلو أعتق قبل موته، نفذت وصيته على الأولاد لما ذكرنا. [٢١١-ب]

[الوَصِيَّةُ إلىٰ العَبْدِ أو الذِّمِّيِّ]

قال: (**ومن أوصىٰ إلى عبده فإنه ينظر: إن كانت الورثة كلهم كباراً، أو بعضهم كباراً وبعضهم صغاراً، لا تجوز الوصية إلى العبد؛ لأن العبد لا ولاية له على الكبار؛ لأن الكبار لهم أن يبيعوه فيصير محجوراً عليه، فلا يمكنه أن يتصرف، فلذلك لا يجوز**)(١).

وأما إذا كانت الورثة كلهم صغاراً، فعلىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: تجوز الوصية، وعلى وقولهما: لا تجوز.

ولو أوصىٰ إلى مُكَاتَبِهِ، فإنه تجوز سواء كانت الورثة صغاراً أم كباراً؛ لأنه لا يمكنهم أن يبيعوه، فأشبه الحر، فإن أدىٰ عتق ومضىٰ الأمر على وجهه، وإن عجز وَرُدَّ في الرِّقِّ، صار حكمه حكم العبد على ما ذكرنا.

ولو أوصىٰ إلى المستسعىٰ يجوز عندهما؛ لأن المستسعىٰ بمنزلة الحر عندهما، فيجوز، وعند أبي حنيفة: هو بمنزلة المكاتب، فيكون حكمه حكم المكاتب، فيجوز أيضـًا.

ولو أوصىٰ إلى ذمي لا يجوز؛ لأنه لا ولاية للكافر على المسلم، ولأنه لا

---

(١) وممن (لا تجوز وصيَّتهم: الصَّبيُّ، والمجنون، والعبد، والمُكاتَب، سواء مات عاجزاً أو غير عاجز، أو مليئاً أو غير مليء)، كما في خزانة الفقه ص٣٤٩.

يؤتمن.

والوصاية إلى الصغير تجوز كالوكالة، ولكن لا تلزمه العهدة كالوكيل الصغير إذا تصرف لا تلزمه العهدة، والعهدة على الذي تصرف لأجله[1].

[تصرف أحد الوصِيَّيْن دون الآخر]

قال: ومن أوصىٰ إلى رجلين فليس لأحد الوَصِيَّيْنِ أن يتصرف في المال دون صاحبه في قول أبي حنيفة ومحمد، وفي قول أبي يوسف: لكل واحد منهما أن يتصرف في المال دون إذن صاحبه، فمن أصحابنا من قال: الاختلاف فيما إذا أوصىٰ إليهما جميعاً، فأما إذا أوصىٰ إلى كل واحد منهما على حدة، فلكل واحد منهما أن يتصرف دون الآخر في قولهم جميعاً[2].

ومنهم من قال على قَلْبِ هذا: إن الاختلاف فيما إذا أوصىٰ إلى كل واحد منهما على حِدَةٍ، فأما إذا أوصىٰ إليهما جميعاً، فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف بالاتفاق.

والصحيح أن يقال: إن الاختلاف فيهما واحد؛ لأنه ذكر في الزيادات: أن الولد إذا كان له أبوان، فأوصىٰ كل واحد منهما إلى رجل على حِدَةٍ، فليس لأحدهما أن يتصرف في قول أبي حنيفة ومحمد، وأجمعوا: أن لأحدهما أن يتولىٰ في أشياء مخصوصة: وهي شراء الكفن؛ لأن ذلك من الأمور الحسنة، ألا ترىٰ أنه لو لم يوص إلى رجل وليست له ورثة، فلأصحابه أن يبيعوا ماله ويشتروا له كفناً، وكذلك شراء الكسوة والطعام للصغير[3].

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ١٨٤.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١٦١.

(٣) (فهو مما لا بُدَّ للصبي منه، وفي تأخيره انتظاراً للآخر ضرر عليه، ولا ولاية لهما فيما فيه ضرر على الصغير؛ فلذلك جاز لأحدهما أن يشتريه)، كما قال الجصاص في الشرح ٤/ ١٨٧.

وكذلك رَدُّ الودائع والعواري والأمانات كلها، وكذلك له أن يقبل الهبة لأجل الصغير، وكذلك لأحدهما أن ينفذ الوَصِيَّةَ المُعَيَّنَةَ، أو ينفذ الوصية من جنس ذلك المال الذي أوصىٰ به، نحو ما إذا أوصىٰ بدراهم لرجل، فأَدَّىٰ أحدهما تلك الوصية من الدراهم، أو كانت ثياباً فأدىٰ من جنس تلك الثياب؛ من حيث إنه لا يحتاج إلى التصرف، فإنه يجوز أداؤه، وأما إذا احتاج إلى بيع شيء حتى يؤدي من ثمنه الوصية، فذلك البيع لا يجوز إلاّ بإذن صاحبه.

وكذلك الخصومة في الدعاوي، لكل واحد منهما أن يخاصم(١)، ولكن إذا آل الآمر إلى القبض، فليس لأحدهما أن يقبض إلا بإذن الآخر، وكذلك هذا الاختلاف في الأبوين، ليس لأحدهما أن يتصرف في مال الولد إلا بإذن الآخر، إلاّ في أشياء مخصوصة كما ذكرنا في الوَصِيَّيْن؛ لأن هاهنا زيادة شيء: وهو أن لأحد الأبوين أن يزوجه امرأة إن كان ابناً، وإن كانت ابنة يزوجها، وليس للآخر أن يبطله.

ولو مات أحد الوَصِيَّيْن لا تنتقل ولايته إلى الآخر، حتى أنه ليس له أن يتصرف ما لم ينصب القاضي وَصِيّاً آخر، والوَصِيُّ الذي مات أوصىٰ إلى وَصِيٍّ آخر، أو إلى هذا الحي.

وروي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنه قال: لو أوصىٰ إلى الحَيِّ، فإنه لا يجوز له أن يتصرف ما لم ينصب القاضي وصياً آخر؛ لأن الميت لم يرض برأي [أحدهما، وإنما رضي برأي](٢) اثنين.

---

(١) (وأما الخصومة، فلا تتأتىٰ منهما لو حَضَرا، وإنما كان يخاصم أحدهما؛ فلذلك جاز لأحدهما أن يخاصم، ولأحد الوكيلين بالخصومة أن يخاصم دون صاحبه)، كما في الشرح ٤/ ١٧٩.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

ولو أوصىٰ إلى رجلين ثم إن أحدهما تَصَرَّفَ في المال / ثم أجازه صاحبه، فإنه [٢١٢-أ] يجوز، ولا يحتاج إلى تجديد العقد، إلاّ إذا كان تصرفًا لا يتوقف كالشراء ونحوه.

قال: **(ومن أوصىٰ إلى رجل ثم مات الموصي، فباع الوصي شيئًا من تَرِكَةِ الميت، وهو لا يعلم بالوصية إليه، كان ذلك جائزاً، وبيعه يكون إجازة وقبولاً للوصية)**(١)، بخلاف الوكيل أنه إذا تصرف قبل علمه بالوكالة، لا يجوز، وقد ذكرنا هذا في كتاب الوكالة مع أجناسه(٢).

[الوَصِيَّةُ الخَاصَّةُ]

قال: **(ومن أوصىٰ إلى رجل في [خاص](٣) من ماله، كان وصيًا في جميع ماله)**، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ(٤)، وقال أبو يوسف ومحمد: (يكون وصيًا بقدر ما أوصىٰ إليه)(٥).

[آثارُ قبول الوصية في حياة الموصي]

قال: **(ومن أوصىٰ إلى رجل فقبل الوَصِيَّةَ في حياته ثم مات الموصي، فقد لزمته الوصية، وليس له أن يُرَدَّها)**(٦)، ولو رَدَّ ذلك في حال حياة المُوْصِيْ، فيكون

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٦٢.
(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ١٩٠، ١٩١.
(٣) في النسخ (خالص) والمثبت من المختصر المطبوع ص١٦٢؛ والشرح على المختصر ٤/ ١٩٠.
(٤) (وذلك لأن الوَصِيَّ يتصرَّف من طريق الولاية، فصار ثبوت ولايته في شيءٍ من مال الميت، موجبًا له الولاية في جميعه، كما أن الأب لمَّا كان تصرُّفه على الصغير من طريق الولاية، جاز تصرفه في جميع ماله)، كما في الشرح ٤/ ١٩٠.
(٥) وعبارة المختصر المطبوع: (يكون وَصِيًّا فيما أوصىٰ به إليه خاصة دون ما سِواه) ص١٦٢، وهكذا في أغلب النصوص: لا ينقل المؤلف قول الطحاوي بنصه، وإنما بمعناه مختصراً، مشفعًا بالشرح والتوضيح، متخيراً من العبارات ما يعيه القارئ.
(٦) مختصر الطحاوي ص١٦٢؛ (لأنها قد صَحَّتْ بالموت، وصارت بحيث لا يلحقها =

رَدُّه موقوفاً إلى أن يعلم به الموصي، حتى أنه لو قَبِلَ ذلك قَبْلَ علمه [فإنه] يجوز، ولو علم بعد موته فهو بالخيار: إن شاء قَبِلَ، وإن شاء لم يَقْبَلْ، فإن قَبِلَ صَحَّت وصيته إليه، وليس له أن يرد بعد ذلك.

ولو [ردَّها] يكون موقوفاً إلى أن يخرجه الحاكم من الوِصَايَةِ، حتى أنه لو قَبِلَ ذلك قَبْلَ أن يخرجه القاضي يجوز، ولو قَبِلَ بعد الإخراج لا يجوز.

وبمثله لو أوصىٰ له بمال، فإن القبول والرد وإنما يعتبر بعد الموت، ولا يعتبر رده حال حياة المُوْصِيْ، ولا قبول له.

[بَيْعُ الوَصِيِّ لعُرُوضِ المَيِّتِ]

قال: (**وللوصي أن يبيع عروض الميت؛ لقضاء ديونه من غير محضر من غرمائه**)[1]، بخلاف المولىٰ أنه إذا لَحِقَ العَبْدَ دَيْنٌ، أو أَقَرَّ على نفسه بدَيْنٍ، وهو مأذون، فباعه المولىٰ من غير محضر من غرمائه ليقضي به [ديون الغرماء][2] لا يجوز البيع، والفرق بينهما: أن الغرماء يثبت لهم حق الاستيفاء من موضعين: من اكتساب العبد، ومن ثمنه، إن شاءوا استسعوا العبد واستوفوا ديونهم من مكاسبه، وإن شاءوا باعوا العبد واستوفوا الدين من ثمنه؛ فلذلك لا يجوز بيع المولىٰ إلا بحضرتهم، (بخلاف)[3] التركة؛ لأن الغرماء لم يثبت له استكساب التركة، وإنما يثبت لهم حق الاستيفاء من الثمن لا غير.

= الفسخ؛ لأن فسخها إنما كان يصح بِمَحْضَرِ الموصِي)، كما قال الجصاص في الشرح ٤/ ١٩١.

(١) مختصر الطحاوي ص١٦٢؛ (لأنه قائم فيها مقام الميت، فكما جاز للميت بيع ماله بغير محضر من الغرماء، كذلك الوَصِيُّ؛ لأنه يملك البيع وإن كره الغرماء)، الشرح ٤/ ١٩٢.

(٢) في أ (دينهم) والمثبت من م.

(٣) في م (وليس كذلك).

[تكرار الوصية بلفظ واحد]

قال: (**ومن أوصىٰ لرجل بسُدُس ماله، ثم أوصىٰ له بسُدُسِ ماله في ذلك المجلس، أو في غير ذلك المجلس، وأشَهْدَ على كل واحد منهما شاهدين أو لم يُشْهِدْ، فليس للموصىٰ له إلا سدس المال بالإجماع**)[١]؛ لأن جواز الوصية بالموت، والموت يجمع الوصيتين جميعـًا، فصار كأنه ما أوصىٰ إلاّ بسدس واحد، إلّا إذا كانت الوصية الثانية أكثر، أو كانت إحدىٰ الوصيتين أكثر من الأخرىٰ، فحينئذٍ يدخل الأقل في الأكثر، فيعطىٰ للأكثر ويسقط حكم الباقي[٢].

بخلاف ما إذا أَقَرَّ لرجل بألف درهم في مجلس وأشهد عليه شاهدين، ثم أقر له بألف في مجلس آخر وأشهد على ذلك شاهدين، فإنه يلزمه ألفان في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ؛ لأنه لما أشهد في المجلس الأول، ثم أقر في مجلس آخر وأشهد على ذلك، فالظاهر أنه أقر له بحق غير الحق الأول؛ لأنه لو كان ذلك هو الحق الأول، لكان لا يشهد في المجلس الثاني.

وبمثله لو أقر في المرة الثانية في ذلك المجلس، أو في مجلس آخر، ولكن لم يشهد على ذلك، أو أشهد في كل مجلس شاهداً واحداً، لم يلزمه إلا ألف واحدة، كذلك لو أقر بألف في مجلس وأشهد على ذلك شاهدين، ثم أقر [له] بألف بين يدي القاضي، لا يلزمه إلا ألف واحدة[٣].

[الوَصِيُّ يَحْتَالُ بِمَالِ اليَتِيْمِ]

قال: (**وللوصي أن يحتال بمال الصغير اليتيم على غير الذي هو عليه إذا كان**

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٦٢.

(٢) في م (الثاني). كما إذا (أوصىٰ له في إحدىٰ الوصيتين بثلث ماله، كان له ثلث ماله، ودخل فيه ما أوصىٰ له به من سُدسُ ماله)، مختصر الطحاوي ص١٦٢.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ١٩٣.

خيراً لليتيم)(١).

اعلم بأن للوصي أن يأخذ كفيلًا بدين الميت؛ لأن الكفالة لا توجب براءة الأصيل، فتكون فيها زيادة [وثيقة](٢) فيجوز، وكذلك لو أنه أخذ رهنًا بذلك يجوز؛ لأن في الارتهان استيفاء، وفي الإرهان إيفاء، فيجوز له أن يرهن مال اليتيم بدين على الميت، وأن يرتهن.

ولو احتال بماله أو أخذ كفيلًا / بمال الميت بشرط براءة الأصيل، فإنه ينظر: إن كان خيراً لليتيم جاز(٣)، وإن كان ذلك شراً له لا يجوز. [٢١٢-ب]

أما الذي هو خير: كما إذا كان المحتال عليه أصلاً من المحيل، فإنه يجوز، حتى أن الصَّبِيَّ لو أدرك قبل أخذ الدين، فليس له أن يفسخ الحوالة، أما إذا لم يكن للمحتال عليه أصلاً من المحيل، فإنه لا يجوز، هذا إذا ثبت الدين بمداينة الميت.

وأما إذا ثبت بمداينة الوصي، فإنه يجوز سواء كان خيراً لليتيم أو شراً له، إلاّ أنه إذا كان خيراً لليتيم فإنه يجوز بالاتفاق، حتىٰ أن اليتيم لو أدرك وأراد أن ينقض ذلك، فليس له ذلك، وإن كان شَرًّا له يجوز ذلك، ويضمن الوَصِيُّ لليتيم في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهم الله تعالىٰ، وفي قول أبي يوسف: لا يجوز إذا كان شراً لليتيم.

وهذا كالاختلاف الذي ذكرنا في كتاب البيوع: أن الوكيل بالبيع إذا أبرأ المشتري أو احتال أو أَخَّر، فإنه يجوز ويضمن، كذلك هاهنا من عند نفسه، ثم

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٦٢.

(٢) في أ (بقاء) والمثبت من م.

(٣) (وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢]، فإذا رأىٰ ذلك خيراً لليتيم، فهو من الأحسن المأمور به.

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (من أُحيلَ على مليء، فليحْتل)، وعلى عمومه ينتظم مال اليتيم وغيره، ولأن الخطاب لمن له حق المطالبة بنصيبه)، كما ذكر في الشرح ٤/ ١٩٤.

يأخذ هو من المحتال عليه لنفسه.

[الوَصِيَّةُ بالثُّلُثِ لِرَجُلَيْنِ وأَحَدِهِمَا مَيِّتٌ]

قال: (**ومن أوصىٰ بثلث ماله لرجلين، فكان أحدهما [ميِّتًا]**(١)**، فالثلث كله للحيّ منهما**)(٢)؛ لأن إضافته إلى الميت لا تصح، فصار كما إذا أوصىٰ بثلث ماله لفلان وللحائط، فإنه يكون لفلان كله، كذلك هاهنا في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف رضي الله تعالىٰ عنه أنه قال: إن كان يعلم بموته فالقول كذلك، وإن كان لا يعلم بموته، فلِلْحَيِّ نصف الثلث، ونصفه للورثة، ولو كانا حيين وقت الوصية ومات أحدهما قبل موت المُوْصِيْ، بطلت حصته وانتقل ذلك إلى ورثة الموصي، [وللحي نصف الثلث؛ لأنه كان حيًّا وقت الوصية، فالإضافة قد صحّت إليهما جميعًا، فوقعت الوصية لكل واحد منهما بنصف الثلث.

ولو مات أحدهما بعد موت المُوْصِي، بقي نصيبه موروثًا عنه.

ولو قال: أوصيت بثلث مالي لعمرو ولزيد، فإن كان فقيرًا فإنه ينظر: إن كان زيد وقت الوصية فقيرًا، فالثلث بينهما، وإن لم يكن فقيرًا، أو مات قبل ذلك، بطلت حصّته، وانتقلت إلى ورثة الميت](٣)، ولعمرو نصف الثلث.

وكذلك لو قال: أوصيت بثلث مالي لفلان ولفلان آخر، إن كان في الدار فإنه ينظر: إن كان في الدار فالثلث بينهما نصفان، وإن لم يكن بطلت حصته وعادت إلى ورثة الميت، وبقي نصف الثلث للآخر.

---

(١) في أ (أمينًا) والمثبت من م، ج.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٦٢.

(٣) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ، والمثبت من م، ج.

ولو قال: أوصيت بثلث مالي لفلان ولعَقِبه، فإن الثلث كله لفلان؛ لأن الإضافة إلى العقب لا تَصِحُّ؛ لأنهما لا يجتمعان أبداً؛ لأن العقب يكون بعده.

(ولو أوصىٰ بثلث ماله بين فلان وفلان، وأحدهما كان ميتًا، فإن للحي نصف الثلث هاهنا)[١]، بخلاف المسألة الأولىٰ؛ لأن كلمة (بين) كلمة تجزئة وتقسيم، فقد أوصىٰ لكل واحد بنصف الثلث، وكذلك لو أوصىٰ بثلث ماله لفلان ولواحدٍ من ورثته، فإن أجاز سائر الورثة، يكون الثلث بين فلان وبين الوارث نصفين، وإن لم تُجِزْ سائر الورثة، بطلت الوصية في حصة الوارث، وبقي نصف الثلث للأجنبي، ولا يكون جميع الثلث للأجنبي؛ لأن إضافته إلى وارثه صحيحة، ألا ترىٰ أنه لو أجاز سائر الورثة جاز، فقد أوصىٰ لكل واحد بنصف الثلث، فيكون له ذلك[٢].

[إقرار المريض بمال لواحدٍ من ورثته، ولأجنبي]

ولو أن المريض [أَقَرَّ][٣] بمال لواحد من ورثته ولأجنبي، كما إذا أَقَرَّ لهما بألف درهم وتصادقا فيما بينهما، فإن هذا الإقرار باطل في حقهما: أما في حق الوارث فلا يُشْكِل؛ لأن ذلك وصية ولا وصية لوارث، وكذلك في حق الأجنبي؛ لأن الإقرار [إقرار] واحد، فلو قلنا بأنه يجوز في حق أحدهما وهو الأجنبي، كان للوارث أن يأخذ منه نصف ما أَقَرَّ به، ثم له أن يرجع بذلك في التَّرِكَةِ، ثم [للوارث] أن يأخذ، فيؤدي إلى جواز الإقرار لهما جميعاً، وإن الإقرار إقرار واحد، فإذا بطل في نصفه بطل في كله، ولما بَطَلَ الإقرار تُقْسَمُ التَّرِكَةُ بين الورثة، فما أصاب هذا الوارث المُقَر له من ذلك، يكون ذلك بينه وبين الأجنبي إلى تمام الإقرار، وما زاد على ذلك يكون للوارث؛ لأن من زعمهما أن هذا القدر دين على الميت، والدين مقدم على الميراث، هذا إذا تصادقا.

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٦٢؛ (لأن لفظ الوصية، لم يوجب له غير النصف)، الشرح ٤/ ١٩٤.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٦٢، ١٦٣.

(٣) في أ (أوصىٰ) والمثبت من م، ج.

ولو أنكر الأجنبي الشركة مع الوارث وقال: كان لي خمسمائة على المريض ولا أدري أكان للوارث أم لا؟ والوارث يصدقه أو يكذبه، فإن الإقرار باطل أيضاً في قول أبي حنيفة وأبي / يوسف لما ذكرنا: أنه لما بطل في حق أحدهما بطل في [٢١٣-أ]
حق الآخر؛ لأن الإقرار إقرار واحد، وفي قول محمد: لما أنكر الأجنبي شركة الوارث أو تكاذبا، فإن الإقرار في حق الأجنبي صحيح، ويكون له خمسمائة.

ثم لما بطل الإقرار عندهما، كان المال ميراثاً بين ورثة الميت، فما أصاب الوارث، فإنه ينظر: إن كانا يتصادقان، فقد ذكرنا جوابه، وإن كانا يتكاذبان، فما أصاب الوارث منه فهو كله له، ولا شركة للأجنبي فيه؛ [لأنه][1] يكذبه في ذلك، وإن كان الأجنبي يكذبه وهو يصدقه في ذلك، فالخمسمائة للأجنبي؛ لأنه لما صَدَّقه الوارث فقد أَقَرَّ [أنه كان] له على الميت خمسمائة، والدين مقدم على الميراث، إلاّ أنه ادَّعَىٰ الشركة فيه وهو يكذبه في الشركة، فالقول قول الأجنبي، ويأخذ تلك الخمسمائة كلها.

[وَصِيُّ الجَدِّ عَلىٰ حَفِيْدِه]

قال: (ووصية الجَدِّ أبو الأب على الصغير ابن ابنه، كوصية ابنه [عليه] إذا لم يكن له أب)[2]، وقد ذكرنا هذا في كتاب البيوع: أن ثبوت الولاية على الصغير: إما أن يكون في المناكح، أو في المصالح[3].

[ما يَصِحُّ مِنْ تَصُرِّفَاتِ وَصِيِّ الأَبِ عَلى الكَبِيْرِ الغَائِبِ]

قال: (ومن مات وقد أوصىٰ إلى رجل وله ابن كبير غائب، لم يكن للوصي أن

---

(١) في أ (لا) والمثبت من م.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٦٣.

(٣) ووَضَّحَ الجصاص ذلك بقوله: (لأنه قائم مقامه، فيجوز تصرفه حسبما كان يتصرف الجد، كما أن وَصِيَّ الأب بمنزلة الأب في التصرف، كذلك الجد) ٤/ ١٩٥.

يبيع شيئًا من العقار من مال الميت)[١].

الرجل إذا مات فإنه لا يخلو: إما أن يكونَ عليه دين، أو لا دين عليه: فإن كان عليه دين، وله ورثة صغار أو كبار، حضور أو غياب، فللوصي أن يبيع التركة [للدين] قدر الدين أو أكثر من المنقولات، أو غير المنقولات في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف ومحمد: له أن يبيع قدر الدين [ولا يبيع][٢] أكثر من الدين.

وإن لم يكن على الميت دين، إن كانت الورثة كلهم كباراً حضوراً، فلا ولاية للوصي في مال الورثة، وله تنفيذ الوصايا، ورد الودائع، وشراء الكفن، وقضاء الديون، والخصومات في الدعاوي، وقبض الديون.

ولو كانوا [غُيَّبـاً][٣] فللوصي ولاية الحفظ، وليس له ولاية التصرف، وبيع المنقولات من الحفظ؛ لأن حفظ ثمنه أيسر من حفظه عينه، وليس له أن يبيع الدُّوْرَ والعَقَارَ[٤].

ولو كانت الورثة كلهم صغاراً حضوراً كانوا أو غُيَّابـاً، فللوصي ولاية التصرف في مالهم منقولاً أو غير منقول، ولو كانوا مختلطين فيهم الصغار والكبار جميعـاً، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: كأنهم كلهم صغار، ويجوز تصرفه في مالهم، وفي قول أبي يوسف ومحمد: تصرفه في حق الكبار لا يجوز، وفي حق الصغار يجوز.

---

(١) مختصر الطحاوي ص ١٦٣.

(٢) في أ (أو) والمثبت من م، ج.

(٣) في أ (أغنياء) والمثبت من م.

(٤) (ولا يبيع العَقَار؛ لأنه محفوظٌ لا يخشىٰ عليه التلف، ومن أراد تحصين ماله وحفظه، صَرَفَه في شراء العَقَار)، الشرح ٤/ ١٩٦.

[الوَصِيَّةُ بِالمَنْفَعَةِ]

قال: (والوصية بخدمة العبيد، وبسكنىٰ الدار، وبثمرة النخل، وبغَلَّة العبيد والعَقَار جائزة)[١].

إذا أوصىٰ بغَلَّةِ بستانه أو بغَلَّةِ عبده، فهذا على ثلاثة أوجه:

في وجه: تقع الوصية على الموجود، ولا تقع على الحادث، سواء ذكر الموصي بلفظة ذلك أو لم يذكر.

وفي وجه: تقع على الحادث والموجود جميعاً، ذكر الأبد أو لم يذكر.

وفي وجه من ذلك: إن ذكر الأبد تقع على الموجود والحادث، وإن لم يذكر الأبد ينظر: إن كان الثمن موجوداً وقت الموت، يقتصر على ذلك الموجود، وإن لم يكن موجوداً، يقتصر الوصية على المستحدث، وصار كما لو ذكر الأبد:

أما الوجه الأول: فهو أن يوصي له بما في بطن دابته، أو بما في بطن جاريته، أو بما في ضَرْعِ غَنَمه، أو بَقَرَتِه، أو بما على ظهر غنمه من الصوف، فهذا يكون كله يقع على الموجود، فإن كان وقت الموت موجوداً جازت الوصية، وإن كان وقت الموت معدوماً بطلت الوصية، ولا يقع على الحادث.

وأما الوجه الذي يقع على الموجود والحادث جميعاً: ذَكَرَ الأبدَ أو لم يذكر: فهو نحو ما إذا أوصىٰ بغَلَّة بستانه، أو بغلة أرضه، أو بلغة أشجاره، أو بغلة عبده، أو بسكنىٰ داره، أو بخدمة عبده، فهذا كله يقع على الموجود والحادث جميعاً، ويقع على الأبد[٢]، وتكون الغلة والسكنىٰ والخدمة للموصىٰ له ما دام حياً، فإذا مات

---

(١) مختصر الطحاوي ص ١٦٣.

(٢) قال الجصاص: (وإنما جازت الوصية بالمنافع لمَّا كانت لأعيان؛ لقول الله تعالىٰ: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١٢]، وعمومه يقتضي جوازها بالمنافع وغيرها. =

الموصىٰ له لا يكون موروثـاً عنه، وتبطل وصيته، ويعود ذلك إلى ورثة المُوْصِيْ، ويعتبر هاهنا خروج / البستان، والدابة، وخروج الدار، والعبد من الثلث، فإن كان [٢١٣-ب] ذلك يخرج من الثلث، تكون غلة ذلك، وخدمته وسكناه للمُوْصَىٰ له، وإن لم يخرج ذلك من الثلث فبقدر ما يخرج [من الثلث] يكون له.

وأما الوجه الثالث: فهو أنه إذا أوصىٰ بثمرة بستانه، أو بثمرة أشجاره، إن ذكر لفظ الأبد يقع على الموجود والحادث جميعـاً، وإن لم يذكر الأبد، وإن كانت هناك ثمرة موجودة، فيقتصر على [تلك الثمرة] الموجودة، وإن لم تكن هناك ثمرة موجودة، فالقياس: أن يبطل كما قلنا في الصوف واللبن والولد، وفي الاستحسان: يقع على الحادث ويصير كما إذا ذكر الأبد، [فإلى] أن يكون حيـاً يكون له ما يحدث من الثمار، فإذا مات، بطلت وصيته وعاد إلى ورثة الميت، والثمار القائمة تكون موروثة عنه.

ولو أوصىٰ بخدمة عبده لإنسان وبرَقَبَتِهِ لآخر، أو بسكنىٰ داره لإنسان وبرقبتها لآخر، صَحَّت الوَصِيَّة، ولكل واحد ما أوصَىٰ له، فإن مات الموصىٰ له بالخدمة، بطلت وصيته، وينتقل ذلك إلى صاحب الرَّقَبَةِ.

[الوصية بخدمة العبد سنة لفلان]

ولو أن رجلاً أوصىٰ بخدمة عبده سنة [لفلان، فإنه ينظر: إن كان العبد يخرج من الثلث، فيخدم الموصىٰ له سنة] كاملة، فبعد ذلك يعود إلى الورثة، ولا يكون للمُوْصَىٰ له، وإن كان العبد لا يخرج من الثلث: يخدم الموصىٰ له يومـاً، ويومين للورثة، فيستوفي الموصىٰ له خدمة السنة في ثلاث سنين.

= وكما جاز تمليك المنافع بعقد الإجارة، جاز تمليكها بالوصية ...)، الشرح ١٩٨/٤.

ولو أوصىٰ بخدمة عبده سنة معينة، أو شهراً معيّناً: شوال، أو ذو القعدة، إن كان العبد يخرج من الثلث: يخدمه ذلك الشهر، أو تلك السنة، وإن كان لا يخرج العبد من الثلث يخدمه يوماً، وللورثة يومين، فإذا مضىٰ ذلك الشهر على هذا، تحَصَّل له خدمة [ثلث الشهر](١)، ولو أراد أن يكمل ذلك من شهر آخر، فليس له ذلك؛ لأن الوصية له في ذلك الشهر لا غير، وكذلك في السنة المعينة.

ولو أوصىٰ بخدمة عبده لرجل شهراً بعينه: وهو ذلك الشهر الذي فيه، فإنه ينظر: إن مات بعد مُضِيِّ ذلك الشهر، بطلت وصيته؛ لأنه مضىٰ ذلك الشهر قبل تأكيد الوصية؛ لأن الوصية تأكدها بموت المُوْصِي، ولو مات قبل مضيه: إن خرج العبد من الثلث، يخدمه في الباقي من الشهر، وإن لم يخرج من الثلث: يخدم الورثة يومين، والموصىٰ له يوماً إلىٰ أن يمضي ذلك الشهر.

وكذلك حكم السَّنَةِ على هذا القياس، وكذلك حكم السكنىٰ، والغَلَّة على هذا.

ولو أوصىٰ بخدمة عبده لرجل فأراد الموصىٰ له [أن يؤاجره من رجل للخدمة، لا يجوز.

ولو أوصىٰ بغلة عبده لرجل، فأراد الموصىٰ له] بالغلة أن يستخدمه، لم يذكر هذا في ظاهر الرواية، ولكن اختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: له أن يستخدمه [بنفسه]، وقال بعضهم: ليس له ذلك؛ لأن الموصي إنما أوصىٰ له بالغلة لا بالخدمة.

[أَكْلُ الوَصِيِّ مِنْ مَالِ اليَتِيْمِ]

قال: (ولا تجوز وصية المسلم إلى الذِّمِّي)(٢).

---

(١) في أ، ج (ثلاثة أشهر) والمثبت من م.

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٦٣. وقوله: (لا تجوز ...): يدل على معنىٰ الكراهة، ومن ثَمَّ نَصَّ غير واحد على صحتها. انظر: شرح المختصر ٤/ ٢٠١؛ حاشية ابن عابدين ٦/ ٧٠١.

ومعناه: أنه ستبطل الوصية[١]، حتى أنه لو تصرف فيه قبل إبطال القاضي وصيته، فإنه يجوز.

قال: (**وليس للوصي أن يأكل مال اليتيم قرضاً ولا غيره**)[٢].

الوصي لا يقرض مال اليتيم، ولا يهب، ولا يتصدق، ولا يأكل بنفسه[٣]، وكذلك الأب ليس له [أن يقرض مال ابنه؛ لأن القرض معروف، ومال الصبيّ لا يحتمل المعروف، وليس له][٤] أن يأكل إلا إذا كان محتاجاً إليه، فحينئذٍ لا بأس بأكله على قدر حاجته، ولا يكون مضموناً عليه، والوصي [ليس] له أن يأكل منه وإن كان محتاجاً إليه، إلا إذا كانت له أجرة في ذلك؛ فحينئذٍ له أن يأكل [منه] بقدر أجرته.

قال: (**ومن أوصىٰ إلى رجلين ثم مات وخلف مالاً**)[٥]، فإن ماله يكون في أيديهما جميعاً، ولهما أن يحفظا ذلك معاً، وإن كان الشيء مما يحتمل القسمة

---

(١) (وذلك لأن الوَصِيَّ يتصرف من جهة الولاية، ولا وَلَاء للكافر على المسلم، قال الله عز وجل: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١])، كما في الشرح ٤/ ٢٠٠.

(٢) المصدر السابق نفسه.

(٣) (وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ﴾ [الأنعام: ١٥٢]، وقال الله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا۟﴾ [النساء: ٦]، وذلك عموم في النهي عن أكل مال اليتيم في سائر الأحوال ....

وما رُوي عن أبي هريرة، عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (اجتنبوا السبع الموبقات، قيل: يا رسول الله، ما هن؟ قال: الشرك بالله، والسِّحْر، وقتل النفس التي حرّم الله إلاّ بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولِّي يوم الزحف، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات) [خرجه أبو داود (٢٨٧٤) بهذا اللفظ، والحديث في الصحيحين: البخاري (٢٦١٥)؛ ومسلم (٨٩)]، فعمّ عليه الصلاة والسلام تحريم مال اليتيم، ولم يخصِّصْ فيه حالاً من غيرها).

انظر الأدلة بالتفصيل: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٢٠١ - ٢٠٣.

(٤) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

(٥) مختصر الطحاوي ص ١٦٣.

فإنهما يقسمانه، فيكون نصفه في يد هذا ونصفه في يد هذا، وإن كان مما لا يحتمل القسمة، فلهما إن تهايأ في ذلك: فيكون يوماً في يد هذا، ويوماً في يد هذا.

ولو هلك المال في يد أحد الوَصِيَّيْنِ فإنه لا يضمن، لا [حصّة نفسه] ولا حصة شريكه؛ لأن يده كانت يد أمانة، سواء كان مما يحتمل القسمة أو لا يحتمل، ولا يضمن إلا بالخلاف أو بالاستهلاك.

وكذلك لو هلكت التركة/ في يد أحد الورثة، فإنه ينظر: إن كان على الميت [٢١٤-أ] دين مستغرق، فإنه لا يضمن شيئاً؛ لأن قبضه حصل للغرماء وصار كالوديعة عنده، ولو لم يكن على الميت دين، فهاهنا لم يحصل قبضه للغرماء، فحصة سائر الورثة تكون مضمونة عليه، إلا إذا كان قبضه لجميع التركة ضرورة، نحو: ما إذا كانت سائر الورثة صغاراً، لا يمكنهم حفظ ذلك أو نحوه، فيكون قبضه [قبضة] أمانة ولا يضمن ما هلك منه، والباقي على قدر مواريثهم. [والله أعلم][(١)].

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٥٦ - ١٦٣؛ شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٤/ ١٥٣ وما بعدها.

كتاب الوديعة(١)

[الوديعة أمانة]

قال أبو جعفر رحمه الله تعالىٰ: (الوديعة أمانة غير مضمونة)(٢)، والعارية أمانة عندنا، وعند الشافعي: مضمونة(٣)، والشيء المستأجر في يد المستأجر أمانة، والعبد الموصىٰ برقبته لرجل وبخدمته لآخر أمانة في يد الموصي له بالخدمة، وللمُوْدَعِ أن يحفظ الوديعة في داره وحانوته على حسب مال نفسه [فيهما جميعاً، إذا وضعها في موضع هو حِرْزٌ لماله، ويضع مال نفسه](٤) فيه، وله أن يحفظها بيده، وبيد من هو في عياله، والذي هو في عياله الذي يسكن معه، وتجري عليه نفقته من أجيره وغلامه، وامرأته وولده وغيرهم، وهذا إذا لم ينهه صاحب الوديعة عن الدفع إلى من هو في عياله.

---

(١) الوديعة لغة، مأخوذة من ودّعت الشيء: إذا تركته.

(وفي الشرع: عبارة عن ترك الأعيان مع من هو أهل للتصرف في الحفظ، مع بقائها على حكم ملك المالك)، الجوهرة ص٢٤٨.

وهي اسم أيضاً لما يحفظه المودع، كما عبر بذلك المصنف رحمه الله تعالىٰ.

والفرق بينها وبين الأمانة: أن الوديعة: هي الاستحفاظ قصداً، والأمانة: هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصدٍ، بأن ألقت الريح ثوباً في حجره، والحكم فيها: أن يبرأ من الضمان إذا عاد إلى الوفاق، وفي الأمانة: لا يبرأ إلاّ بالأداء إلى صاحبها. انظر: كشاف اصطلاحات الفنون، ٢/ ١٧٧٧.

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٦٤.

(٣) وضمان العارية إذا تلفت لا بالاستعمال، فإن تلفت بالاستعمال المأذون فيه، فلا ضمان لها على الأصح، كما أن العارية تضمن بقيمتها يوم التلف على الأصح. انظر: المهذب ٣/ ٣٩٧؛ المنهاج (مع مغني المحتاج) ٢/ ٢٦٧.

(٤) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

[مُخَالَفَةُ المُودَعِ لأَمْرِ المُودِعِ]

فأما إذا نهاه عن ذلك، ثم دفع إليه وضاعت الوديعة، فإنه ينظر: إن كان [يجد بدّاً من] دفعها إليه، فإنه يضمن، إن كان لا [يجد بداً] من ذلك، فلا ضمان عليه.

ولو أمره صاحب الوديعة: أن يضعها في داره هذه، ونهاه عن وضعها في دار له أخرىٰ، فوضعها في الدار الذي نهاه عن الوضع فيها، فضاعت ضمن؛ لأن حِرْزَ [الدارين] يختلف، إلا أن تكون تلك الدار أحرز، أو كانتا سواء.

وكذلك لو أمره: أن يضعها في داره في هذه القرية، ونهاه عن الوضع في دار له في قرية أخرىٰ، فوضعها في الدار التي نهاه عن الوضع فيها، فإنه يضمن إلاَّ إذا كان ذلك أحرز، أو كانتا سواء في الحرز فلا يضمن.

ولو أمره أن يضعها في هذا البيت من هذه الدار، فوضعها بيت آخر [وهو] الذي نهاه عن الوضع فيه من تلك الدار، فضاعت لا يضمن؛ لأن حِرْزَ البيتين في دار واحدة لا يختلف، إلاَ أن يكون [البيت] الذي أمره بالوضع فيه أحرز من الذي نهاه عنه، فحينئذٍ يضمن؛ لأنه يفيد النهي، والأصل أن كل شرط يفيد اعتباره، ويمكن المُودَع مراعاته فهو معتبر، وكل شرط لا يفيد اعتباره ولا يمكن مراعاته فهو لغو(١).

[ضمان المودَع بعدم رد الوديعة إذا طلب]

قال: (**ومن أودع رجلاً شيئًا ثم سأله ردّه إليه، فأبىٰ ذلك [عليه] ومنعه [منه، ضَمِنَه]**)(٢)، وقد أمكنه رده فإنه يضمن(٣)؛ لأنه حبسه وليس له حق الحبس، وكذلك

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٦٤؛ شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٢١٢.

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٦٤.

(٣) قال الجصاص موضحاً: (وذلك لأنه غاصباً بالمنع؛ إذ ليس له الإمساك في هذه الحال، كما ليس للغاصب ذلك، فضَمِنَ، وقد قال الله تعالىٰ: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء: ٥٨]. =

لو جحد الوديعة ثم أَقَرَّ بها صارت مضمونة عليه، ولا يبرأ من ضمانها إلا بالتسليم إلى صاحبها[1]، بخلاف المودع إذا خالف في الوديعة، ثم ترك الخلاف وعاد إلى الوفاق، ارتفع عنه الضمان عندنا، وعند الشافعي: لا يرتفع كالجحود[2]، ولو جحد الوديعة في حال غيبة المودع، روي عن أبي يوسف أنه قال: لا يضمن، وفي قول زفر: يضمن.

قال: (**ومن مات وعنده وديعة ولم تعرف بعينها**)[3]، أو عرفت، وقد ذكرنا أحكام هذه المسألة على الاستقصاء في كتاب المضاربة[4].

[طلب أحد المودِعين نصيبه من الوديعة]

قال: (**ومن استودعه ثلاثة نفر دراهم، أو ما سواها مما يقسم، ثم جاء أحدهم يطلب نصيبه منها [ولم يحضر صاحباه]**)[5]، قال أبو حنيفة: ليس له أن يعطيه منها شيء [حتىٰ] يحضروا جميعاً؛ لأن ذلك قسمة على الغائب، وذلك لا يجوز،

= وقال صلىٰ الله عليه وسلم: (المنحة مردودة)، فإن لم يردَّها عند المطالبةِ بالردِّ، صار بمنعه ضامناً) ٤/ ٣١٠، ٣١١.

(١) من ثَمَّ (لا ضمان على المُودَع إلّا في ثلاثة أشياء: التقصير في حفظها، وخلطها بماله خلطاً لا يمكن التميز، ومنعها من مالكها عند الطلب -كمسألتنا هذه-)، كما في خزانة الفقه ص٢٠٣.

(٢) انظر: المهذب ٣/ ٣٩٢؛ الروضة ٦/ ٣٣٥.

(٣) مختصر الطحاوي ص ١٦٤.

(٤) وخلاصة ذلك: ما ذكره الجصاص بقوله: (وذلك لأن الأصل: أنها باقية في يده إلى أن مات؛ لأنا لا نعلم الهلاك، بل قد حكمنا مالاً للميت؛ لأنا في حكمنا بجميع ما في يده ملكاً له، فقد ملكناه الوديعة، ولا يجوز أن نملكه مال الغير بغير بدل؛ فلذلك لزمه ضمانه، وأيضاً: فإنه حين أمكنه البيان في حياته، فلم يُبَيِّن، صار مضيِّعاً لها، والمودَع يضمن بالتضييع). شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٢١٣.

(٥) مختصر الطحاوي ص ١٦٤.

وعندهما: يدفع نصيبه إليه(١)، ولا تكون هذه قسمة على الغائب، حتى أنه لو هلك الباقي في يد المُودَعِ، كان للغائب أن يشارك القابض فيما قبض، ولو هلك المقبوض في يد القابض، فليس له أن يشارك الغائب في الباقي.

ولو كان المودَع اثنين، والوديعة مما تحتمل القسمة، كان لهما أن يقسماها للحفظ حتى يصير في يد كل واحد منهما النصف، ويحفظاها./ ولو سَلَّم أحدهما [٢١٤-ب] جميع الوديعة إلى صاحبه فضاعت، ضمن المسلم نصف الوديعة في قول أبي حنيفة، ولا يضمن القابض شيئاً؛ لأن كُلَّ واحد منهما مؤتمن في نصف الوديعة خاصة دون الزيادة، وعندهما: لا يضمن.

ولو كانت الوديعة مما لا تحتمل القسمة فإنهما يتهايئان(٢) في الحفظ، ولا يضمن كل واحد منهما بالتسليم إلى صاحبه في قولهم جميعـاً، ولو أن المودع يسافر بمال الوديعة، إن كان الطريق مَخُوفـاً ضمن، وإن كان غير مخوف لا يضمن، إلا إذا نهاه صاحب الوديعة عن السفر بها، فحينئذٍ يضمن.

وروي عن أبي يوسف ومحمد أنهما قالا: إذا كانت الوديعة لها حمل ومؤونة فسافر بها يضمن، وفي قول أبي حنيفة: لا يضمن سواء كان لها حمل ومؤونة أو لم يكن(٣).

[ضَمَانُ وَدِيْعَةٍ ضَاعَتْ إِذَا أَوْدَعَهَا المُوْدَعُ لآخَرَ]

قال: (ومن استودع رجلاً وديعة، فأودعها [المودَع] عند رجل ليس هو في

---

(١) وفي المختصر: (عليه أن يدفع ثلثها) ص ١٦٤.

(٢) من المُهايأة -بضم الميم-، من هايأه على الأمر، وهي لغةً: المناوبة.

وفي اصطلاح الفقهاء: قسمة المنافع على التعاقب والتناوب، فتكون العين المشتركة لهذا شهراً ولهذا شهراً مثلاً. انظر: معجم المصطلحات المالية (مهايأة).

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٢١٤، ٢١٥.

عِياله، فضاعت عند المودع الثاني، كان لصاحبها أن يضمن المودع الأول في قول أبي حنيفة، وليس له أن يضمن الثاني(١).

وفي قولهما: صاحب الوديعة بالخيار: إن شاء ضمن الأول، وإن شاء ضمن الثاني، فإن ضمن الأول لا يرجع به على الثاني، وإن ضمن الثاني رجع به على الأول)(٢).

ولو استهلك الثاني الوديعة ضمن بالإجماع، وصاحب الوديعة بالخيار: إن شاء ضَمَّنَ الأول، وإن شاء ضَمَّنَ الثاني، فإن ضمن الأول رجع على الثاني، وإن ضمن الثاني لا يرجع على الأول.

وأجمعوا: أن مودع الغاصب يضمن إذا هلكت الوديعة في يده، والمغصوب منه بالخيار: إن شاء ضمن الغاصب ولا يرجع على المودع، وإن شاء ضمن المودع وهو يرجع بما ضمن على الغاصب.

[الوديعة عند صَبِيٍّ]

ومن أودع عند صبي مالاً فهلك عنده، لا ضمان عليه بالإجماع، فإن استهلكه الصبي فإنه ينظر: إن كان الصبي مأذوناً له في التجارة ضمن في قولهم جميعاً، وإن كان الصبي محجوراً عليه، ولكنه قبل الوديعة بإذن وليه ضمن بالإجماع، وأما إذا قبل بغير إذن وليه، فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة ومحمد، لا للحال ولا بعد الإدراك، وفي قول أبي يوسف: يضمن للحال.

---

(١) (وجه قول أبي حنيفة: إنْ قبْض الثاني واقع للأول؛ بدلالة أن ما يلحقه به من الضمان، يرجع به عليه، ولا يجوز أن يتعلق بقبض واحد ضمان على اثنين؛ وذلك لأن الضمان سبب يتعلق به حكم التمليك، فلا جائز تَعَلُّقُ هذا المعنىٰ على اثنين بقبض واحد ...)، كما في شرح الجصاص ٤/ ٢١٥.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٦٤، ١٦٥.

وأجمعوا أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون وديعة عنده ضمن للحال، ولو كانت الوديعة عبداً فقتله الصبي، كانت [قيمته][(١)] على عاقلته في قولهم جميعاً.

ولو جنىٰ عليه فيما دون النفس، كان أرشه على عاقلته إن بلغ خمسمائة أو أكثر، وإن كان أقل ففي مال الصبي في قولهم جميعاً، إلا عمد الصبي وخطأه في النفس سواء، وفيما دون النفس بخلافه.

[الوديعة عند عبد]

ولو أودع عند عبدٍ وديعة فهلكت عنده، لا ضمان عليه بالإجماع، ولو استهلكها؛ إن كان العبد مأذوناً له في التجارة، أو محجوراً عليه، ولكنه قَبِلَ الوديعة بإذن مولاه، ضمن بالإجماع، ويكون ديناً عليه، وإن كان محجوراً، أو قبل الوديعة بغير إذن مولاه، لا يضمن في الحال، ولكن يضمن بعد العتاق إذا كان عاقلاً بالغاً في قول أبي حنيفة ومحمد، وفي قول أبي يوسف: يضمن في الحال.

وأجمعوا: أنه لو استهلك مال الغير بغير إيداع يضمن للحال.

وأجمعوا: أن الوديعة لو كانت عبداً، فجنىٰ عليه في النفس أو فيما دون النفس، يؤاخذ به، ويخاطب مولاه بالدفع أو بالفداء.

[شَكُّ المُوْدَعِ فِي مُدَّعِيَيْن لِوَدِيْعَةٍ]

قال: (**ومن كان في يده ألف درهم، فحضره رجلان كل واحد يَدَّعِي أنه أودعه إياها، فقال المُوْدَع: أودعنيها أحدكما ولا أدري أيكما هو، [فإنه يستحلف لهما]**)[(٢)]، فالمُدَّعِيَان إذا اصطلحا فيما بينهما على يأخذا تلك الألف منه بينهما،

---

(١) في أ، ج (دية) والمثبت من م.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٦٥؛ (وذلك أن كل واحد منهما لو أَقَرَّ له به على انفراد، صَحَّ إقراره له)، كما في شرح المختصر ٤/ ٢١٧.

كان لهما ذلك، وليس للمُوْدَع الامتناع من تسليم الألف إليهما؛ لأنه قد أقرّ بها لأحدهما، وهما قد اصطلحا على أخذها بينهما، وبعد هذا الاصطلاح ليس لهما [إلى] الاستحلاف سبيل، ولا يمين لهما على المودع.

وأما إذا لم [يصطلحا] ولكن كل واحد منهما يَدَّعي أن الألف له خاصة، وأراد أخذها من المودع، فليس له ذلك؛/ لأن المقر مجهول، ولكل واحد منهما [٢١٥-أ] أن يستحلف المودع.

ثم هذا لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن يحلف لهما، أو ينكل لهما، أو يحلف لأحدهما وينكل للآخر:

فإن حلف لهما قطع دعواهما، وليس لهما [إلىٰ] الاصطلاح وأخذ الألف بينهما [سبيل] بعد الاستحلاف في قول أبي يوسف، وفي قول محمد: لهما أن يصطلحا بعد الاستحلاف على أخذ الألف بينهما، وهذا إذا حلف لهما.

وأما إذا نكل لهما عن اليمين: فإنه يقضي بالألف بينهما نصفين، ويضمن ألفاً أخرىٰ بينهما أيضاً حتى يحصل لكل واحد منهما ألف درهم على الكمال[١].

وإن حلف لأحدهما ونكل للآخر: قضي بالألف للذي نكل له، له عن اليمين خاصة، ولا شيء للذي حلف له منهما[٢].

---

(١) وتعليل (ذلك: لأن النُكُول بمنزلة الإقرار، فصار كإقراره لكل واحد منهما، فيستحقانه نصفين، ثم يَغْرَم لهما ألفاً أخرىٰ؛ لأن كل واحد منهما يقول: قد استهلكتَ عليَّ ما أقررتَ به للآخر)، كما في شرح المختصر ٤/ ٢١٧.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٦٤، ١٦٥؛ شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٤/ ٢٠٩ وما بعدها.

كتاب قِسْمَة الغَنَائِم والفَيْء[1]

[في قِسْمَةِ الخُمُس]

قال أبو جعفر رحمه الله تعالىٰ: (**وفي الغنيمة الخُمُس الذي ذكره الله سبحانه وتعالىٰ في كتابه [يوضع في مواضعه التي يجب وضْعُهُ فيها]**)[2]، ويُصْرف ذلك إلى مصارف الخُمُس الذي يجب صرفه إليها، وقد ذكرنا جملة ما يجمع في بيت مال المسلمين من الأموال، فيصرف كل نوع منها على الاستقصاء في باب مواضع الصدقات في كتاب الزكاة[3].

---

(١) الغَنِيْمَة -بفتح الغين وكسر النون-، وجمعها: غنائم.

(وهي ما نِيل من أهل الشِّرْك عنوة والحرب قائمة)، كما في المغرب (غنم).

والفَيْء -بفتح فسكون-، والجمع: أفياء وفُيوءٌ، من فاء: إذا رجع.

(والفيء: ما نيل منهم [الكفار] بعدما تضع الحرب أوزارها، وتصير الدار دار الإسلام)، كما في المغرب (غنم).

(٢) مختصر الطحاوي ص١٦٥؛ (وذلك لقول الله عز وجل: ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ﴾ [الأنفال: ٤١]).

(٣) (اختلف السلف في قسمة سهام الخُمُس في الأصل: فقال قائلون: كانت القسمة على ستة أسهم: سهم لله، وسهم للرسول صلىٰ الله عليه وسلم، وسهم لذوي القربىٰ، وسهم لليتامىٰ، وسهم للمساكين، وسهم لأبناء السبيل).

كما اختلفوا في السهم الذي كان لله تعالىٰ: أحدهما: على جهة التبرُّك بذكر الله تعالىٰ، وافتتاح الكلام به، والآخر: أنه أخبر: أن الخُمُس لله تعالىٰ، بمعنىٰ: أنه مصروف في جهات القربة إلى الله تعالىٰ، ثم بَيَّن جهات القربة إليه، كما اختلفوا بعد ذلك في سهم الرسول صلىٰ الله عليه وسلم بعد موته: هو لقرابته، هو لخليفته، هو ساقط كما سقط سهمه من جملة الغنيمة. =

[قِسْمَةُ أَرْبَعَةِ أَخْمَاسِ الغَنِيْمَةِ]

(**وأما أربعة أخماس الغنيمة: فإنها تقسم بين الذي غنموها، على ما تجب قسمتها عليهم**)(١)، فإن كان فيهم [نساء يداوين] الجراحات، وتقمن بمصالح المُقَاتَلة والغُزَاة، أو فيهم عبيد يقاتلون بإذن مواليهم، أو فيهم أهل الذمّة حضروا القتال بإذن الإمام، وقاتلوا مع المسلمين، فإن الإمام يرضخ(٢) لهم، ولا يبلغ لراجلهم سهم الرَّجَّالة، ولا لفارسهم سهم الفُرْسَان.

وكذلك حكم الغلام المراهق الذي [لم يبلغ، والمعتوه، إذا قاتلا، فإنه يرضخ لهما ولا يسهم.

وأما المرأة](٣) إذا دخلت دار الحرب لخدمة زوجها، أو العبد إذا دخل لخدمة مولاه ولا يقاتل، فلا يعطىٰ لهما من الغنيمة شيء، وكذلك الرجل إذا دخل للتجارة في العسكر، فلا يسهم له بشيء إذا لم يكن يقاتل، وإن قاتل كما يقاتل الغزاة، فإنه يسهم له كما يسهم لهم.

= وقال الحسن بن محمد بن عليّ رضي الله عنهم: أجمعوا على صرف هذين السهمين في السلاح والكراع في سبيل الله تعالىٰ.

انظر: شرح المختصر ٤/ ٢١٨ - ٢٢٠.

(١) مختصر الطحاوي ص١٦٦؛ (وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال: ٤١]، فجعله غنيمة لهم، واستثنىٰ منها الخُمُس، فيثبت أن الباقي بعد الخُمُس للغانمين، كما قال الله تعالىٰ: ﴿وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١]، عُلِمَ أن الباقي للأب، وقد أكّد ذلك بقوله تعالىٰ: ﴿فَكُلُواْ مِمَّا غَنِمْتُمْ حَلَٰلًا طَيِّبًا﴾ [الأنفال: ٦٩]). شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٢٣١، ٢٣٢.

(٢) (والرَّضْخ، من رضخت له رَضْخاً: (أعطيته شيئاً ليس بالكثير)، كما في المصباح (رضخ)، والمراد هنا: هو العطاء من غير سهم مقدَّرٍ، بعد انتهاء الحروب، لغير المحاربين المنتظمين.

(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

كذلك الرجل لو أَجَّر نفسه للخدمة من إنسان، فلا يسهم له من الغنيمة شيء، كالعبد إلاَّ إذا قاتل مع الغُزَاة، فحينئذٍ يسهم له كما يسهم لهم، وبطلت أجرته على المستأجر في مدة القتال مع العدو[١].

[سَهْمُ المُقَاتِلِيْن فِي الحَرْبِ]

[وغير هؤلاء] من الرجال الأحرار البالغين العاقلين إذا دخلوا دار الحرب للقتال مع أعداء الله عز وجل [يسهم لهم] من الغنيمة بعدما دفع الخمس: إن كان راجلاً بسهم واحد وإن كان دخل فارساً بسهمين، سهم له وسهم لفرسه في قول أبي حنيفة[٢]، وقال أبو يوسف ومحمد: يسهم [له] ثلاثة أسهم، سهم له وسهمان لفرسه[٣].

ولا يسهم إلا لفرس واحدة في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف أنه قال: يسهم لفرسين فيعطىٰ خمسة أسهم: سهم له وأربعة لفرسه، ولا يسهم لأكثر من ذلك في قولهم جميعاً.

ويستوي في الغانمين: الضعيف، والقوي، والمريض، والصحيح، والذي قاتل والذي لم يقاتل، فهؤلاء كلهم في ضرب السهام واحد، ويستوي أيضاً الفَرَس العربي النجيب، والبِرْذَون[٤]، أو غيرهما مما يقع عليه اسم الخيل، فأما من كان

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٢٣١، ٢٣٢.

(٢) وذلك لقول مجمع بن حارثة في قسمة غنيمة خيبر: (أنه صلىٰ الله عليه وسلم أعطىٰ الفارس سهمين، والراجل سهماً)، رواه أحمد في المسند ٣/ ٤٢٠؛ أبو داود (٢٧٣٨)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٦/ ٣٢٥؛ والحاكم في المستدرك وصححه، ووافقه الذهبي ٢/ ١٤٣.

(٣) وذلك لما روي عن ابن عمر (أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: أسهم للرجل ولفرسه ثلاثة أسهم: سهم له، وسهمان لفرسه) [أبو داود (٢٧٣٣) بلفظه؛ والبخاري (٢٨٦٣)؛ ومسلم (١٧٦٢)؛ وأحمد ٢/ ٤١].

(٤) البِرْذَون: يُطلق على غير العربي من الخيل والبغال، من الفصيلة الخيلية، عظيم الخِلقة، =

له بعير، أو بغل، أو حمار، فهو والراجل سواء، وإنما يعتبر في الفرسان والرَّجَّالة حال دخولهم دار الحرب، فكل من دخل دار الحرب للعدو فارساً يسهم له سهم الفرسان، وإن نفق فَرَسه بعد ذلك، أو جرح، أو أخذه العدو، أو عرج فقاتل راجلاً، إلاّ إذا باع فرسه أو وهبه لرجل، أو آجره أو أعاره، سقط سهم فرسه، ولو اشترىٰ مكانه آخر، أسهم له سهم فارس.

ولو دخل دار الحرب راجلاً سهم له سهم واحد[1]، وإن اشترىٰ بعد دخوله دار الحرب فرساً وقاتل فارساً.

وعلى الإمام أن يعرض العسكر إذا أراد دخول دار الحرب، ويكتب اسم كل واحد منهم إن كان راجلاً فيكتب اسمه راجلاً، وإن كان فارساً يكتب اسمه فارساً، وإنما يعتبر ذلك حال دخولهم / دار الحرب، ولا يعتبر [حالهم] بعد ذلك[2]. [٢١٥-ب]

وكذلك لو قاتلوا [في السفن] في البحر ولم يحتاجوا إلى الخيل، فإنه يضرب لراجلهم سهم واحد، ولفارسهم سهم الفرسان على ما اختلفوا في مقداره[3].

[مَوْتُ الغَانِمين في دار الحرب]

قال: ومن مات في دار الحرب من الغانمين فإنه ينظر: إن مات بعدما نَفَلَ الإمام له شيئاً من الغنيمة تحريضاً على القتال، أو بعدما فَتَحَ الإمام دار الحرب، وأجرىٰ فيها حكماً من أحكام الإسلام، وجعلها دار إسلام، أو بعدما قَسَمَ الإمام

= غليظ الأعضاء، قوي الأرجل، عظيم الحوافر، والجمع: براذِين)، المعجم الوسيط (برذن).

(١) في م (سهم الرجالة).

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١٦٥، ١٦٦.

(٣) انظر بالتفصيل: فتاوىٰ قاضيخان ٣/ ٥٠٥ - ٥٠٧.

الغنيمة بينهم، أو بعدما أحرزوها بدار الإسلام، أو بعدما باع الإمام الغنيمة في دار الإسلام أو في دار الحرب؛ ليقسم الثمن عليهم؛ فإذا مات بعدما وجد واحد من هذه الأشياء التي ذكرنا، صار نصيبه موروثـًا عنه لورثته[١].

ولو مات قبل وجود واحدٍ من هذه الأشياء بعد إصابة الغنيمة[٢]، [فلا] يكون نصيبه موروثـًا عنه، ولو لحقهم المدد من الغزاة بعدما غنم الأولون هل يشاركونهم أم لا؟

ففي المواضع التي إذا مات واحد من الأولين لا يكون نصيبه موروثـًا عنه، فالمدد[٣] يشاركون في الغنيمة، ويكون المدد والأولون فيه سواء، وفي المواضع التي لو مات واحد من الأولين، يكون نصيبه موروثـًا عنه، فالمدد لا يشاركونهم في الغنيمة، وهذا كله عند علمائنا رحمة الله تعالىٰ عليهم أجمعين، وقال الشافعي: يصير ملكـًا لهم بالإصابة والأخذ، حتى أن واحداً منهم لو مات بعد الإصابة يكون نصيبه موروثـًا عنه، وإذا لحقهم المدد بعد الإصابة والأخذ لا يشاركونهم فيها[٤].

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٦٦، ١٦٧. قال الجصاص في توضيح المسألة: (الغنيمة حكمها على ثلاثة منازل: ما لم تُحْرَز: لم تثبت فيها حق للغانمين، فإذا أحْرِزت: ثبت فيها الحق، ولم تُمْلَك، فإذا قُسِمَت: مُلِكت .... .
فإن مات منهم واحد بعد إحْرَاز الغنيمة في دار الإسلام، كان نصيبه لورثته؛ لأنه وإن لم يُمْلَك، فقد ثبت له فيها حق .... .
فإن قُسِمَتْ في دار الحرب، أو بِيْعت: تَثْبُت حقوقُهم فيها، وانتقلت بالموت إلى ورثتهم ...). شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٢٣٢، ٢٣٣.

(٢) في م (القسمة).

(٣) المَدَدُ -بفتح الميم والدال-، والجمع أمداد.
(والمدد: ما يُمَدّ به الشيء: أي: يزاد ويُكثَّر، ومنه: أمد الجيش بمدد: إذا أرسل إليه زيادة)، كما في المغرب (مدد)، والمراد هنا: العون والغوث يلحقه الإمام بالمحاربين تقوية لهم على عدوهم. كما يأتي توضيح ذلك.

(٤) انظر: مختصر المزني ص٢٧٠؛ الروضة ١٠/ ٢٦٧؛ المنهاج ص٥٢٢.

قال: (**ولا ينبغي للإمام أن يستعين بأهل الذمة على القتال مع أهل الحرب**)[١]؛ لأنه لا يؤمن غدرهم وخيانتهم للمسلمين، إلا أن يكون المسلمون هم الغالبون، فلا بأس بأن يستعين بهم حينئذٍ، وإذا فعل ذلك يرضخ لهم ولا يعطيهم سهماً كاملًا من الغنيمة.

[قِسْمَةُ الغَنِيْمَةِ فِي دَارِ الحَرْبِ]

قال: (**ولا ينبغي للإمام أن يقسم الغنيمة في دار الحرب حتى يخرجها إلى دار الإسلام**)[٢]؛ لأن الملك عندنا إنما يقع بالإحراز بدار الإسلام، وعند الشافعي: لا بأس به؛ لأن الملك عنده يصح بمجرد الإصابة[٣].

(ولو قسم في دار الحرب جاز عندنا؛ لأنه قضى في مختلف فيه)[٤].

[قِسْمَةُ مَا غَنِمَه المُسْلِمُون مِنَ الأَرْضِين]

قال: (**وما غنمه المسلمون من الأرضين، [كان] للإمام أن يقسمها بينهم كما تقسم الغنائم**)[٥].

الإمام إذا فتح أرضاً من أرض الحرب فهو فيها بالخيار، والرأي فيها إليه، يفعل ما هو خير للمسلمين: إن شاء رفع الخمس من رجالهم ونسائهم وذراريهم وأموالهم وأراضيهم، وقسم أربعة أخماس الكل [بين الذين]

---

(١) انظر: الطحاوي ص١٦٧.

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٦٧؛ (وذلك لأن جيشاً لو لحقهم، شركهم فيها ....، وإذا قَسَم جازت قسمته؛ لأنها مما يسوغ الاجتهاد فيه، فينفَذ حكم الإمام فيها). شرح المختصر ٤/ ٢٣٤.

(٣) انظر: المنهاج ص٥٢٢.

(٤) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٥) مختصر الطحاوي ص١٦٧.

افتتحوها وغنموها، فإذا قَسَّمها بينهم جعل الأراضي عُشْرية، وإن شاء قتل رجالهم ورفع من نسائهم وذراريهم وأموالهم [وأراضيهم الخمس] -إلاّ إذا رضخ منها أهل الذمة شيئًا وضع فيهم الخراج-، ويقسم أربعة أخماسها بين الغانمين، هذا إذا لم يُسْلم رجالهم.

فأما إذا أسلموا فقد سقط عنهم القتل، ولا يسقط عنهم الاسترقاق والأسر؛ لأنهم أسلموا بعد الظهور: كالقهر[١]، والغلبة.

وإن شاء قسم الكل، وترك الأراضي وجعلها بمنزلة الوقف على المقاتلة أبداً، وإن شاء نقل إليها قومـًا آخرين من أهل الذمة، وجعلها خراجية: خراج مقاسمة، أو خراج مقاطعة، فيصرف خراجها إلى المقاتلة، وإن شاء منَّ عليهم وتركهم أحراراً، وترك أموالهم وأراضيهم في أيديهم ملكـًا لهم، ويضع على أعناقهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج[٢].

---

(١) في م (والقتل).

(٢) (والأصل في ذلك: أن النَّبي صلىٰ الله عليه وسلم فتح مكة عنوةً، ومَنَّ عليهم، وأقَرَّهم على ديارهم وأموالهم.
وقد قَسَمَ بعضَ حصون خيبر، ولم يَقْسِم بعضها.
فعلمنا أن الإمام مخيّر بين القسمة، وبين المَنِّ والإقرار على أموالهم وأراضيهم)، الشرح ٤/ ٢٣٦.
وقد أنكر الجصاص على الطحاوي في قوله: (أن يقفها للمسلمين)، فقال: (قوله: (وإن شاء وقفها)، لا أعرفه عن أصحابنا، وإنما المشهور عنهم في سائر كتبهم، وما سمعناه من شيوخنا: أنه بالخيار)، وذكر ما ذَكَر المؤلف سوىٰ الوقف من الخيارات. شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٢٣٥.
ولعلَّ مراد الطحاوي بالوقف: (يجعل الأراضي بمنزلة الوقف على المقاتلة أبداً)، كما ذكر المؤلف، ويضرب الخراج على مَن يسكنها، أو ينتفع بها بما يراه الإمام.

[الأَرَاضِي الخَرَاجِية والعُشْرِيَّة]

وإن أسلموا سقطت عنهم جزية الرؤوس، ولا يسقط خراج الأرض، وكذلك هذا في الذِّمِّيّ لو باع أرضه من مسلم، فهي خراجية على حالها بالإجماع[1].

وأما الأراضي العشرية[2] إذا اشتراها ذِمِّي من مسلم، فإنها تصير خراجية في

(١) (ويجوز بيع أرض الخراج؛ لأنها ملك لمَنْ أُقِرَّ عليها، والدليل عليه: أن المواريث تجري فيها، ولا يجوز لأحد أخذها من أيديهم، ولا أن يحول بينهم وبينها، كما أن مَن أقرَّهم النبي صلىٰ الله عليه وسلم من أهل مكة، ومَنَّ عليهم، كانوا مالِكين لأموالهم التي كانت لهم قبل الظهور والغَلَبة)، كما قال الجصاص في الشرح ٤/ ٢٣٧.

(٢) الأراضي الخراجية: الخَرَاج: (ما يخرج ويحصل من غَلَّة الأرض أو الغلام، ثم سُمّي ما يأخذه السلطان خَرَاجاً، فيقال: أدّىٰ فلان (خراج أرضه))، وكذلك الإتاوة تؤخذ من أموال الناس، والجِزْيَة التي ضربت على رِقَاب أهل الذمة. انظر: المغرب، المعجم الوسيط (خرج).

والأرض الخَرَاجِيَّة: هي أرض العجم التي فتحت عَنْوَةً، فأبقيت بأيدي أصحابها، وضربت عليها الخراج، كما فعل عمر بأرض السَّواد، أو الأرض التي صالح أهلها عليها على خراج يُؤَدُّوْنَه. (فهذه جزية في الحقيقة).

وكذلك الأرض التي فتحها المسلمون صُلْحاً، على أن تكون للمسلمين، ويسكنها أهلها الكفار بخراج معلوم يؤدونه (فهذه الأرض فيء، وخراجها أجرة).

ونحوها: أرض جلا عنها الكفار وهربوا؛ خوفاً من المسلمين، فهذه تصير وقفاً للمسلمين، ويضرب الخراج على مَن يسكنها، أو ينتفع بها بما يراه الإمام.

الأراضي العشرية: هي الأراضي التي يملكها المسلمون.

(أرض موات أحياها المسلمون، أو أحدهم ابتداءً)، فهذه الأرض ملك صحيح عُشرية، لا خراج عليه ولا أجرة، بل تؤخذ زكاة زروعه وثماره الشرعية، وكذا الأراضي التي أسلم أهلها عليها ابتداءً.

والأراضي المفتوحة عَنْوَةً، وقسمت بين الغانمين، واستمر ملكهم عليها، أو مَنْ ملكها عنهم بطريق شرعي.

انظر: المغرب؛ المعجم الوسيط (خرج، عشر)؛ الأحكام السلطانية للماوردي =

قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف: يوضع عليها عُشْرَان، وفي قول محمد: عُشْر واحد كما كانت.

ولو أسلم عليها أو باعها من مسلم عادت إلى عُشْرٍ واحد في قول أبي يوسف، وفي قول أبي حنيفة: لا تعود.

ولو أن تَغْلَبِيّاً[1] كانت له أرض، فضوعف عليها العشر ثم أسلم التغلبي، / [٢١٦-أ] فإنه يؤخذ منه العشر مضاعفاً كما كان، ولا يتبدل؛ لأن العشر المضاعف بمنزلة الخراج، ألا ترىٰ أنه يصرف إلى مصارف الخراج، والخراج لا يتبدل بالمالك، كذلك العشر المضاعف.

ولو أن تغلبياً اشترىٰ من مسلم أرض العشر، ضوعف عليها الخراج في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وبعد المضاعفة لو أسلم التغلبي أو باعها من مسلم، فالمضاعفة على حالها في قول أبي حنيفة؛ لأن العشر المضاعف بمنزلة الخراج، وعند أبي يوسف: عادت إلى عشر واحد، وعند محمد: فيها عشر واحد وإن ملكها التغلبي؛ لأن العشر عنده لا يتبدل[2].

[والله سبحانه وتعالىٰ أعلم بالصواب].

= ص١٤٧؛ تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام لابن جماعة ص١٠٢ - ١٠٥.

(١) (بنو تغلب: قوم من مشركي العرب، طالبهم عمر رضي الله عنه بالجزية، فأبوا، فصولحوا على أن يعطوا الصدقة مضاعفة، فرضوا)، المغرب (غلب).

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١٦٥ - ١٦٩؛ شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٤/ ٢١٨ وما بعدها.

كتاب النكاح[١]

[الشُّهُودُ في النكاح]

قال أبو جعفر رحمه الله تعالىٰ: (**لا يجوز النكاح إلا بوَلِيٍّ، وشُهُود أحرار، مسلمين، عاقلين، بالغين**)[٢].

النكاح لا يجوز إلا بقرينة تضم إليه: وهي حضور شاهدين عند العقد، وأما سائر العقود فتنعقد بغير شهود، ولكن الإشهاد عليه مستحب لقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وكذلك الإشهاد على الرَّجْعَة مستحب، وليس بواجب.

ثم الأصل: أن كل من صلح أن يكون ولياً في النكاح بولاية نفسه، صلح أن يكون شاهداً في النكاح، ومن لا فلا.

فإذا عرفنا هذا فنقول: النكاح ينعقد بشهادة الفاسق؛ لأن الفاسق يصلح أن

---

(١) النكاح -واختلف في معناه، واختار أكثر المحققين-: (أنه الضم والجمع، وسمي نكاحاً؛ لما فيه من ضم أحد الزوجين إلى الآخر)، أنيس الفقهاء ص١٤٥.

وذهب الحدادي: بأن (النكاح في اللغة: حقيقة من الوطء، وهو الصحيح، وهو مجاز في العقد يتوصل به إلى الوطء، فسمي: نكاحاً، كما سمي الكأس: خمراً)، الجوهرة ١/ ٢.

وشرعاً: (عقد موضوع لمِلْك المتعة)، كما ذكره القونوي.

(وشروط جواز النكاح خمسة أشياء: حضور الوَلِيّ، والشاهدين، ورضا الزوجين، والإيجاب، والقبول)، كما قال أبو الليث في خزانة الفقه ص٩٨.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٦٩.

يكون ولياً في النكاح بولاية نفسه؛ لأنه يزوِّج أمته بالاتفاق ويزوِّج عبده، ويزوِّج ابنته ويزوِّج نفسه، وكذلك المحدود في القذف، والأعمىٰ، والمقعد، والأخرس، كل هؤلاء ينعقد النكاح بشهادتهم.

وكذلك لو تزوج امرأة بشهاد ابنيه، أو بشهادة ابنيها، فإنه يجوز.

ثم النكاح له حكمان: حكم الانعقاد: وحكم الإظهار، فأما حكم الانعقاد فقد ذكرنا، وأما حكم الإظهار: فإنما يكون عند التجاحد، فلا يُقْبَلُ في إظهاره إلا ما يُقْبَلُ في سائر الأحكام.

ولا ينعقد النكاح بشهادة العبيد، والصبيان، والمجانين؛ لأنه لا ولاية لهم في النكاح، وكذلك لا ينعقد بشهادة المكاتبين، وإن كان له أن يزوج أمته؛ لأنه [إنما] يزوج الأمة بولاية مستفادة من جهة المولىٰ، لا بولاية نفسه(١).

[شهادة العَاقِدَيْن]

وكذلك لا ينعقد النكاح بشهادة [العاقدين] إذا كان العاقدان مسلمين: وهما الزوج، والزوجة، وأما إذا كان الزوج مسلماً والمرأة ذمية، فإن النكاح ينعقد بشهادة الذِّمِّيَّيْن إذا كانا مُوَافِقَيْنِ في الملة، أو كانا مُخَالِفَيْن لهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي قول محمد: لا يجوز ولا ينعقد.

ولو وقع التجاحد بين الزوجين، فشهد رجلان من أهل الذمة والمرأة ذمية، فإن كانت المرأة مدَّعِيَةً والرجل ينكر، فإنه لا تقبل شهادتهما بالإجماع؛ لأن شهادة الذمي على المسلم لا تقبل، وإن كان الرجل يَدَّعي والمرأة تنكر، فشهادتهما جائزة، سواء قالا: كان معنا عند العقد رجلان مسلمان أو لم يقولا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي قول محمد: إذا قالا: كان معنا عند العقد رجلان مسلمان

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٢٤٦، ٢٤٧.

سِوانا، تُقْبَلُ، وإن لم يقولا ذلك لا تقبل، هذا إذا كانا وقت الأداء كافرين.

ولو كانا وقت التحمل كَافِرَيْن، ووقت الأداء مُسْلِمَيْن، فعلىٰ قول أبي حنيفة وأبي يوسف: شهادتهما مقبولة على كل حال، وعلى قول محمد: إن قالا: كان عند العقد [معنا] مسلمان غيرنا، تُقْبَلُ، وإن لم يقولا ذلك لا تقبل، أيهما كان جاحداً أو مُدَّعياً.

[شهادة الأَخَوَيْنِ للمرأة]

ولو أن رجلاً زَوَّج [ابنته من رجل بشهادة] ابنيه: وهما أخوان للمرأة، جاز النكاح، فبعد ذلك إن وقع التجاحد في هذا عند الحاكم، فإن [كان] الأب مع الجاحد منهما، تقبل شهادتهما، سواء وقعت الشهادة على الأخت أو لها بالإجماع.

وإن كان الأب مع المُدَّعِي منهما، لا تقبل عند أبي يوسف، وعند محمد: تقبل، وأبو يوسف اعتبر الدعوىٰ والإنكار، فقال: إن كان الأب مع المُنْكِرِ فالشهادة وقعت على الأب فتُقْبَلُ، وإن كان مع المُدَّعِي لا تقبل؛ لأنها/ وقعت للأب. [٢١٦-ب]

ومحمد اعتبر المنفعة، فإن كان للأب فيه منفعة، لا تقبل، سواء كان مُدَّعِياً أو جَاحِداً، وإن لم يكن للأب فيه منفعة، تقبل، هاهنا لا منفعة للأب في هذا العقد، فتقبل.

وكذلك هذا الاختلاف في رجل قال لعبده: إن كَلَّمَكَ زيد فأنت حر، فشهد ابنا زيدٍ أن أباهما كَلَّمَه، والمولىٰ ينكر، فإن شهادتهما تقبل على قول محمد، سواء كان يَدَّعِي الكلام أو لا يَدَّعِي؛ لأنه لا منفعة له في الكلام، وعند أبي يوسف: إن كان يَدَّعي الكلام، لا تقبل، وإن كان لا يدعي، تقبل.

وكذلك هذا الاختلاف فيمن تولىٰ [عقد النكاح] لغيره، ثم شهد ابنا الوكيل على العقد؛ إن كانت حقوق العقد لا ترجع إلى العاقد، تقبل، سواء ادَّعىٰ أو لم يَدَّعِ عند محمد، وعند أبي يوسف: إن كان يدعي، لا تقبل، وإن كان ينكر، تقبل(١).

---

(١) وذكر الفقيه أبو الليث ممن ينعقد بهم، فقال: (وينعقد النكاح بشهادة عشرة نفر: رجلان، =

[وَلِيُّ المرأة في تَزْوِيْجِهَا]

قال: (**وولي المرأة في تزويجها: أبوها، أولىٰ الأولياء: الأب، ثم الجَدُّ أبو الأب**)[1]، وكذلك الأجداد وإن علو، ثم الأخ لأب وأم، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ لأب وأم، ثم ابن الأخ لأب، كذلك أولادهم على هذا الترتيب، ثم العَمُّ لأب وأم، ثم العم لأب، وكذلك أولادهم، ثم عَمُّ الأب لأب وأم، ثم عَمُّ الأب لأب، وكذلك أولادهم، ثم عم الجد لأب وأم، ثم عم الجد لأب، وكذلك أولادهم.

فإن لم يكن واحد ممن ذكرنا، فمولىٰ العتاقة الرجل والمرأة [فيه] سواء، ثم ذوي الأرحام الأقرب فالأقرب، ثم مولىٰ الموالاة كما ذكرنا في الميراث، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف[2].

وفي قول محمد: ليس إلى ذوي الأرحام ولاية النكاح.

قال: وإن لم يكن واحد ممن ذكرنا، فالقاضي ومن نصبه القاضي؛ لأن القاضي وَلِيُّ من لا ولي له، وإنما يُحتاج إلى الولي في الصغير والصغيرة، والمجنون

= رجلٌ وامرأتان، والأعميان، والفاسقان، والمحدودان في القذف، وأبناء المرأة، وأبناء الزوج، أو أحدهما للزوج والآخر للمرأة، والمعتقلان، أي: معتقلا اللسان، ومستور الحال ...)، خزانة الفقه ص٩٩.

(١) وفي المختصر: (... فإن كان لها أب وابن: فإن أبا يوسف قال: وليُّها ابنها دون أبيها، وقال محمد: وليُّها أبوها دون ابنها) ص١٦٩.

(فإن جهة قول أبي يوسف فيه: أن الولاية في النكاح مستحقة بالتعصيب، وأقرب العصبة: الابن، فكان أولىٰ بالولاية في النكاح من الأب.

وقال محمد: الأب أولىٰ؛ لأنه أولىٰ بالتصرف عليها في حال الجنون، في الشراء والبيع، فكذلك في النكاح). شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٢٤٨.

(٢) انظر: خزانة الفقه ص١٠٠.

والمجنونة، فأما إذا زال[١] الصغر فقد زالت الولاية عندنا، وعند الشافعي: تزول الولاية في الغلام، ولا تزول في البنت إن كانت بكراً، وللولي أن يكرهها على النكاح، والولي عنده: هو الأب والجَدُّ دون غيرهما[٢].

[الولاية في أهل الميراث]

والأصل: أن الشخص إنما يكون وَلِيّاً إذا كان من أهل الميراث، وهو عاقل بالغ، حتى لا يثبت للصبي والمجنون ولاية، وكذلك الكافر لا ولاية له على المسلم أصلاً؛ لأنه لا يرث منه، والمسلم لا ولاية له على الكافر أيضاً؛ لأنه لا يرث منه، وكذلك العبد لا ولاية له؛ لأنه لا يرث من أحد.

[اجْتِمَاع الوَلِيَّيْنِ في التزويج]

وإذا اجتمع في الصغير والصغيرة وليان وهما في الدرجة سواء، فزَوَّج أحدهما جاز، أجاز الآخر أو فسخ، بخلاف الجارية بين اثنين زَوَّجَها أحدهما، لا تجوز إلاّ بإجازة الآخر، فإن زَوَّجَ كل واحد من الوَلِيَّيْن رجلاً على حِدَةٍ، فالأول يجوز، ولا يجوز الآخر، وإن كانا جميعاً في ساعة واحدة، فإنه لا يجوز كلاهما ولا واحد منهما، وإن كان واحد منهما قبل الآخر إلا أنه لا يدرىٰ السابق من اللاحق، فكذلك أيضاً لا يجوز، أحدهما ولا كلاهما؛ لأنه لو جاز جاز بالتحري، والتحري في الفروج حرام لا يجوز[٣]، هذا إذا كان الوليان في درجة واحدة[٤].

---

(١) في م (وأما إذا أدرك الصغير).
(٢) انظر: المهذب ٤/ ١٢٥؛ الروضة ٧/ ٧٠؛ المنهاج ص٣٧٥، ٣٧٦.
(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٧٤.
(٤) انظر: شرح المختصر ٤/ ٢٥٠.

[نكاح الوَلِيِّ الأَقْرَب والأَبْعَد، والغَيْبَةَ المنقطعة]

وإن كان أحدهما أقرب من الآخر، فإنه يجوز نكاح الأقرب، ولا يجوز نكاح الأبعد، تقدم أو تأخر إلا إذا كان الأقرب غائباً غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً، فحينئذٍ يجوز نكاح الأبعد إذا وقع قبل عقد الأقرب، وإن وقعا معاً فإنه لا يجوز كلاهما، وكذلك إذا كان لا يُعْرَفُ السابق من اللاحق؛ لأن الأقرب والأبعد في الدرجة صارا سواء؛ لأن الأقرب بُعد تدبير وقرب قرابة، والأبعد قرب تدبير وبعد قرابة، فصارا سواء.

ثم تكلموا في الغيبة المنقطة: روي عن أبي يوسف أنه قال: مسيرة شهر فصاعداً، وما دونه فليست بغيبة منقطعة، وروي عن محمد روايتان: في رواية قال: من الكوفة إلى الرَّي[1]، وهي خمسة وعشرون مرحلة[2]، وفي رواية: من بغداد إلى الرَّي وهي عشرون مرحلة، وهكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف، رواه الطحاوي عنه في مختصره[3].

وقال بعضهم: الغيبة المنقطعة: هي مسيرة سفر، وقال بعضهم: من
[٢١٧-أ] جابلسا إلى جابلقا، وهما/ مدينتان أحدهما بالمشرق والأخرىٰ بالمغرب، وهذا معنىٰ قول زفر: إذا كان لا يدري أين هو فهي غيبة منقطعة، أي: انقطع خبره.

---

(١) الرَّي من بلاد فارس، وهي الآن جزء من مدينة طهران في إيران. انظر: معجم البلدان للحموي ٣/ ١١٦؛ بلدان الخلافة الشرقية ص٢٥٢.

(٢) (المَرْحَلَة: المسافة يقطعها السائر في نحو يوم، أو ما بين المنزلتين، وجمعها: مراحل)، كما في المعجم الوسيط (رحل).

والمرحلة = ٢ بريدان = ٨ فراسخ = ٢٤ ميلاً = ٤٤,٣٥٢ كيلو متراً)، كما في معجم لغة الفقهاء (مقادير).

(٣) مختصر الطحاوي ص١٧٠.

وقال بعضهم: إذا كان في موضع لا يختلف إليه القوافل فهي منقطعة، ووافق الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله تعالىٰ فقال: إذا كانت مسيرة شهر فهي غيبة منقطعة، سواء اختلف إليه [القوافل] أو لم يختلف، وإن كان أكثر من مسيرة سفر وأقل من مسيرة شهر، فإنه ينظر: إن كانت القوافل تختلف فهي غير منقطعة، وإن كانت لا تختلف فهي منقطعة.

وقال أبو بكر محمد بن الفضل إمام بخارىٰ: إذا كان الولي في موضع يفوت الصغيرة خاطب كُفْءٍ قبل استطلاع رأيه، فهي غيبة منقطعة، وإن كان لا يفوتها ذلك قبل استطلاع رأيه، فهي غيبة غير منقطعة، وهذا أقرب الصواب؛ لأنه اعتبر في ذلك الضرر بالصغيرة، وإثبات الولاية في الأصل لنفي الضرر عن الصغيرة، ألا ترىٰ أن الولي إذا امتنع عن تزويج الصغيرة وقد وصل لها خاطب كُفءٍ، كان للقاضي أن يُزَوِّجَهَا؛ لأنه عَضَلَها، وفي ذلك إضرار بها[(١)].

[الخيار في حال تزويج الصغير والصغيرة]

وإذا كان مزوج الصغير والصغيرة: هو الأب، والجَدُّ، فلا خيار لهما إذا بلغا، وإن كان المزوج غير الأب والجد من الأولياء، فلهما الخيار إذا بلغا في قول أبي حنيفة رحمه الله ومحمد، وفي قول أبي يوسف: ليس لهما الخيار، ثم على قولهما لما يثبت الخيار لهما: فإن اختارا النكاح فهما على النكاح، إن اختارا الفُرْقَةَ وقعت الفُرْقَةُ إذا قضى القاضي بالفرقة، وإن كان قبل الدخول بها فلا مهر لها، سواء كان الخيار للزوج أو للمرأة، وإن كان بعد الدخول فلا يسقط شيء من المهر[(٢)].

---

(١) انظر: شرح المختصر ٤/ ٢٤٩، ٢٥٠.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١٧٣.

ثم الخيارات ثلاثة: خيار الإدراك[1]، وخيار المُعْتَقَةِ، وخيار المُخَيَّرة[2].

فخيار المدركة: يبطل بالسكوت إذا كانت بكراً، وإن كانت ثيباً لا يبطل الخيار، وكذلك إذا كان الخيار للزوج فلا يبطل إلا بصريح الإبطال، أو لَحِقَ[3] منه دليل على إبطال الخيار، كما إذا اشتغل بشيء آخر، أو أعرض عن الخيار بوجه من الوجوه، ولا تقع الفرقة إلا بقضاء القاضي، وعلم النكاح شرط، وعلم الخيار ليس بشرط.

وأما خيار المُعْتَقَة: فلا يبطل بالسكوت، ويمتد إلى آخر المجلس، وتقع الفرقة بنفس الاختيار، ولا يحتاج إلى قضاء القاضي.

وكذلك هذا في خيار المخيرة: أنه لا يحتاج إلى قضاء القاضي، ويمتد إلى آخر المجلس، ويتعلق بعلم الخيار لها.

ولو أعتق أمته أولًا، ثم زَوَّجها وهي صغيرة، ثم أدركت، فلها خيار الإدراك، ولو وقع عقد النكاح وهي أمة صغيرة فاعتقها ثبت لها الخيار عند البلوغ، فإذا أدركت فلها خيار الإعتاق دون خيار الإدراك؛ لأن العقد وقع في حالة الرق.

ولو كانت المرأة مجنونة ولها أب وابن، فولاية النكاح للابن عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: فالولاية للأب، ولا ولاية للابن؛ لأن الابن جزءٌ من أجزائها، والمذهب عند محمد: [أنه لا ولاية][4] لها على نفسها، فالجزء أولىٰ، والأفضل أن يأمر الابن الأب بالنكاح حتى يجوز بلا خلاف.

---

(١) والإدراك من أدرك الشيء: بلغ وقته، وأدرك الصَّبِيُّ: بَلغَ الحُلُم، أي: بلغ سن التكليف. انظر: الوسيط (درك).

(٢) المُخَيَّرة، من خيّر فلاناً: فوّض إليه الاختيار. والمخيّرة: هي التي خيّرها زوجها بين الطلاق والإمساك. انظر: معجم لغة الفقهاء (المخيرة).

(٣) في م (يجيء).

(٤) في أ، ج، (أن الولاية) والمثبت من م، والسياق يدل عليه.

[الكَفَاءَةُ في النِّكَاح]

قال: (**وقريش بعضهم أكفاء**[١] **لبعض**)[٢].

القياس: أن لا تكون الكفاءة معتبرة في النكاح، كما في سائر العقود، إلا أنا شرطنا الكفاءة بالخبر: رُوِيَ عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (**ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء، ولا يُزَوَّجْن إلا من الأكفاء، ولا مهر أقل من عشرة**) [٣]، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: (لأمنعن النساء يزوجهنّ إلا من الأكفاء)[٤][٥].

---

(١) الكفاءة: المماثلة، والمقابلة، والنظير، ونظير الشّيء: مثله.

والكفاءة في الزواج: أن يكون الزوج مساوياً للمرأة في النسب، والدين، والمال، والصنائع. انظر: المغرب (كفء)؛ القدوري ص٣٣٩.

(والكفاءة في النكاح خمسة أشياء: المساواة في الدين، والنسب، والصلاح، والحِرْفَة، والقدرة على المهر والنفقة، فإن لم يقدر عليها، لم يكن كُفْأً لها)، كما في خزانة الفقه ص١٠٢.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٧٠.

(٣) الحديث أورده صاحب تنقيح تحقيق أحاديث التحقيق، من حديث جابر وقال: (روينا هذا الحديث من طرق، مدارها كلها على مبشر بن عبيد، وقال أحمد بن حنبل: مبشر ليس بشيء، أحاديثه موضوعات، كذاب يضع الحديث، وقال الدارقطني: يكذب، وقال ابن حبان: يروي عن الثقات الموضوعات، لا يحل كتب حديثه إلا على سبيل التعجب، وقد رووا مثل هذا عن علي عليه السلام موقوفًا) ٢/ ٢٨٢. وقال ابن الهمام بعد تضعيف الحديث: (لكنه حجَّة بالتظاهر والشواهد)، كما ذكر سنداً آخر للحديث، ونقل عن ابن حجر: أنه بهذا الإسناد حسن، ولا أقل منه. انظر: شرح فتح القدير ٣/ ١٨٥، ١٨٦؛ نصب الراية ٣/ ١٩٧.

(٤) الأثر ورد بلفظ: (لَأَمْنَعَنَّ النساء ذوات الأحساب تَزَوُّجَهُنَّ إلّا مِن الأَكْفَاء)، أخرجه الدارقطني في السنن ٣/ ٣٩٨؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٧/ ١٣٣.

(٥) وعلَّق الجصاص على الأثر بقوله: (وكان ذلك بمحضر الصحابة من غير مخالفٍ له فيه). شرح مختصر الجصاص ٤/ ٢٥٣. =

وإنما تعتبر الكفاءة لِحَقِّ النساء لا لِحَقِّ الرجال، فإن الشريف وإن تَزَوَّجَ بالوضيعة فإنه يجوز، وليس للأولياء حق الاعتراض، ولو أن الشريفة تَزَوَّجَتْ بالوضيع، فإنه لا يكون كفئاً لها، وللأولياء حق التعرض.

ثم قريش بعضهم أكفاء لبعض، وإن كانوا من قبائل مختلفة بعد أن شملهم اسم قريش، والعرب بعضهم أكفاء لبعض، ولا يكون [العجم] كُفْئاً لقريش، والعجم: من كان له أبوان أو ثلاثة / في الإسلام، [بعضهم أكفاء لبعض، ولا يكونون أكفاء للعرب، والذي أسلم بنفسه لا يكون كفئاً للتي لها أبوان أو ثلاثة فصاعداً في الإسلام][1] ويكون كفئاً لمثله هذا إذا كان في موضع قد تباعد عهد الإسلام وطال، وأما إذا كان العهد قريباً من حيث لا يُعَيَّر لا يكون ذلك عَيْباً، فإنه يكون كفئاً لحرة الأصل، ويكون كفئاً لمثله. [٢١٧-ب]

وكذلك مولىٰ وضيع القوم لا يكون كفئاً لمولىٰ أشرف القوم؛ لأن [الولاء] بمنزلة النسب، حتى أن مولاة بني هاشم إذا زوّجت نفسها من مولىٰ العرب لا يكون كفئاً، ويكون لمعتقها حق التعرض.

وكذلك الفاسق لا يكون كفئاً للمرأة من أهل بيت صالح، هكذا روي عن أبي يوسف، وروي عن محمد أنه قال: هذا إذا كان فسقاً يحتقر به، وأما إذا كان فسقاً يهاب منه ولا يعدونه عيباً، كما لو كان قَتَّالاً سفاكاً للدماء، فهذا يكون كُفْئاً[2].

= وقال الجصاص: (الدليل على اعتبار الكفاءة: قول الله تعالىٰ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِۗ﴾ [البقرة: ٢٣٤]، وليس من المعروف في العادات والأخلاق، أن تضع الشريفةُ نفسها عند حارسٍ أو زِنجيٍّ، بل هو من المُنكَر في أخلاق المسلم). وبأحاديث وآثار أخر، انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٢٥١ - ٢٥٤.

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من م، وساقطة من أ، ج.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٢٥٤، ٢٥٥.

[الكَفَاءَةُ بَالحِرَفِ]

[وكذلك الكفاءة من جهة الحِرْفَةِ، فإنه تعتبر فيما تقارب بعضها ببعض، يكون كُفْئَاً]، كالبزَّاز[١] مع الصائغ، والعطار.

وما تباعد بعضها عن بعض لا يكون كفئاً كالحَجَّام، والكنَّاس، والحائك، والدَّبَّاغ، فهؤلاء كلهم بعضهم أكفاء لبعض، ولا يكون هؤلاء أكفاء لسائر الحِرَف.

[الكَفَاءَةُ من جِهَةِ المَالِ]

والكفاءة من جهة المال معتبرة؛ لأنا اعتبرناها فيما ليس من العقد في شيء؛ فلأن تعتبر فيما يتعلق العقد به أولىٰ: وهو المهر، حتى أن الفقير لا يكون كفئاً للغنيّ، وقال بعضهم: إذا كان ماله يساوي مالها يكون كفئاً، وإلا فلا، وروي عن أبي يوسف أنه قال: إذا كان يقدر على مهر مثلها ونفقتها، يكون كفئاً وإن كان لا يساوي ماله مالها وهو قول أبي حنيفة ومحمد، وقال بعضهم: إذا كان الرجل ذا جاهٍ كالسلطان والعَالِمِ، فإنه يكون كفئاً وإن كان لا يملك من المال إلا قدر النفقة[٢].

---

(١) البَزُّ -بالفتح-: نوع من الثياب من القطن والكتَّان، (وقال محمد رحمه الله في السير: البَزّ عند أهل الكوفة: ثياب الكتان والقطن، لا ثياب الصوف والخز)، كما في المغرب.

والبزَّاز، والبِزَازة: حِرفته: بائع القماش. انظر: المغرب؛ المصباح (بَزَّ).

(٢) قال الجصاص -بعد أن ساق أدلة الكفاءة-: (وإذا ثبت اعتبار الكفاءة، كان ذلك محمولًا على المتعارَف المعتاد عند الناس؛ ولذلك جَعَل قريشاً أكفاء، ثم سائر العرب بعضهم لبعض أكفاء، بجريان العادة به عندهم). شرح المختصر ٤/ ٢٥٤.

[تَعرُّضُ الأَوْلِيَاءِ فِي الكَفَاءَةِ]

قال: وإذا تزوجت المرأة البالغة الصحيحة العقل بغير إذن وليها، فالنكاح جائز[1]، إلاّ أنه ينظر: إن كان الزوج كُفئاً ولم يقصر عن مهر مثلها فلا يكون

---

(١) (والحجة لأبي حنيفة في جواز عقدها بغير إذن الولي، من وجوه ثلاثة:
فأما الكتاب: فقوله تعالىٰ: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، فالآية تدل من وجهين:
أحدهما قوله تعالىٰ: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾، فأجاز عقد النكاح بفعلها، وصححه، حتى أجاز طلاق الزوج لها بعده.

والآخر قوله تعالىٰ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ﴾، فأضاف التراجع -وهو عقد مستأنف- إليها أيضاً، ومن أبىٰ جواز ذلك، فقد خالف الآية من هذين الوجهين.

ويدل عليه أيضاً قوله تعالىٰ: ﴿فَإِذَا بَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ فِيمَا فَعَلۡنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۗ﴾ [البقرة: ٢٣٤]، فأجاز فعلها في نفسها بالمعروف من غير شرط الولي....

ودليل آخر: وهو قوله تعالىٰ: ﴿فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوۡاْ بَيۡنَهُم بِٱلۡمَعۡرُوفِۗ﴾ [البقرة: ٢٣٢]، وفيه الدلالة من وجهين:

إضافته فعل العقد إليها بقوله: ﴿أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ﴾؛ لأنه سواء قلت: نكحت أو عقدت، فاقتضىٰ اللفظ جواز عقدها على نفسها.

والوجه الثاني: نهيه الوليّ في عضلها إذا تراضوا بينهم بالمعروف، فإذا عضلها ومنعها العقد، وهي قد وضعت نفسها في كفءٍ، لم يكن له ولاية فيما عضلها فيه؛ لأن أحداً لا يستحق الولاية على غيره فيما عليه فيه ضرر.

ويدل عليه أيضاً: حديث الزهري عن سهل (في المرأة التي وهبت نفسها للنبي صلىٰ الله عليه وسلم، فقال لها النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (ما لي في النساء حاجة)، فقام رجل فسأله أن يزوِّجها: فزوَّجها) [البخاري (٤٨٥٤)]، ولم يسألها: هل لها وليّ؟ ولم يشترط الولي في جواز عقدها، ونحوها حديث أم سلمة ....، فقد تزوجها رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم بغير ولي).

ثم أجاب على اعتراض المخالفين، وكذا على أدلتهم بتوسع واستفاضة.
(والذي يدل من جهة النظر: اتفاق الجميع على جواز نكاح الرجل إذا كان جائز =

للأولياء حق التعرض، وإن كان الزوج كُفْئًا ولكن قصر عن مهر مثلها، فللأولياء حق التعرض، أما أن يبلغ إلى تمام مهر مثلها، أو يفرق بينهما، فإن فَرّق القاضي بينهما فإنه ينظر: إن كان بعد الدخول بها فلها المهر الذي سَمَّىٰ لها، وإن كان قبل الدخول بها فلا شيء لها؛ لأن الفرقة جاءت من قِبَلِها، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، وفي قول أبي يوسف ومحمد: ليس للأولياء حق التعرض، وإن كان الرجل غير كُفْءٍ، فللأولياء حق الفسخ بالإجماع.

وإنما يجوز العقد في قول أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهر الرواية، وفي رواية أخرىٰ عن أبي يوسف رواها الطحاوي عنه قال: إن كان غير كُفْءٍ يفسخ القاضي العقد بينهما، وجعل أصله غير جائز، وإن كان كفئاً يأمر الوليَّ بإجازته، فإن أجاز جاز بإجازته، وإن أبىٰ يقضي القاضي عليه [بالعضل] ويجيز العقد بنفسه[1].

وفي قول محمد في ظاهر الرواية: العقد موقوف على إجازة الولي، فإن أجازه جاز، [وإن ردّه رفع إلى القاضي حتى يجيزه إن كان كُفْئًا لها، وفي رواية الطحاوي: إن أجازه جاز]، وإن رَدَّه بطل، فإن كان الزوج كفئاً لها، استأنف القاضي العقد عليها وأبطل العقد الأول، وفي قول محمد في التبليغ إلى مهر مثلها مثل قول أبي يوسف، وإنما يتصور قوله في مسألة ذكرها في كتاب الإكراه: وهو أن السلطان إذا أكره الولي والمرأةَ على النكاح بدون مهر مثلها، فالعقد يقع جائزاً، ولكن لهما الخيار وحق الفسخ، فإن رضيت المرأة بالنكاح وبالمهر، والولي لا يرضىٰ بذلك المهر، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: للولي حق الفسخ لأجل التبليغ، وفي قولهما: ليس له ذلك.

= التصرف في ماله، كذلك المرأة، لما كانت جائزة التصرف في مالها، وجب أن يجوز عقد نكاحها)، فقد أطال الجصاص بيان الأدلة، ودراستها، ومناقشتها، والرد على المعترضين باستفاضة. انظر: شرح المختصر ٤/ ٢٥٥ - ٢٧٤.

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٧١.

[اسْتِئْذَانُ البِكْرِ فِي التَّزْوِيْجِ]

قال: (ولا ينبغي للرجل أن يزوج ابنته البكر [البالغة] الصحيحة العقل حتى يستأذنها)(١).

الأصل: أن سكوت البكر لاستئمار وليها وكالة، ولعقده إجازة، هذا إذا لم يكن ولي أقرب منه، فأما إذا كان لها ولي أقرب منه، فلا يكون ذلك إلا بالنطق؛ لأن الأبعد مع الأقرب بمنزلة الأجنبي، هذا إذا بَيَّنَ من يخطبها فسكتت يكون رضىً، وأما إذا لم يبين من يخطبها، فالسكوت لا يكون رضىً؛ لأن الاستئمار لم يكن صحيحاً، هذا / روي عن محمد. [٢١٨-أ]

وأما إذا كانت ثيباً فلا يكون سكوتها رضىً، هذا إذا زالت بكارتها بالزَّوج بعقد جائز، أو فاسد، أو بشبهة عقد وجب لها المهر بذلك الوطئ، وأما إذا كان بوثبة أو بدرور الدم، فإنها تتزوج كما تزوج الأبكار (عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: يزوج كما تزوج الثيب)(٢).

ثم إذا جعلنا السكوت رضىً، واختلف الزوج والمرأة، فقال الزوج: بلغك الخبر فَسَكَتِّ، وقالت المرأة: لا بل رَدَدْتُ، القياس: أن يكون القول قول الزوج، هو قول زفر؛ لأنه يَدَّعي الأصل وهو السكوت، وفي الاستحسان: القول قول المرأة؛ لأنها

---

(١) تكملة العبارة: (... فإن سكتت كان ذلك كإذنها بلسانها في تزويجها، وإن أبت لم يزوِّجْها ...)، مختصر الطحاوي ص١٧٢.

(فقد روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (تُسْتَأْمَرُ اليتيمة في نفسها، فإن سكتتْ فهو إذنها، وإن أبت، فلا جواز عليها)، [أبو داود (٢٠٩٢)؛ والترمذي (١١٠٩)، وقال: حديث حسن؛ والنسائي (٣٢٧٠)؛ وابن حبان في صحيحه ٩/ ٣٩٢]، ومعلوم أن المراد باليتيمة في هذا الموضع: البكر؛ لاتفاق الجميع: على أن السكوت لا يكون إذناً إلاّ في البكر خاصة، ويدل لفظ الخبر على أنها بالغ؛ لأن الصغيرة لا اعتبار بإذنها)، كما قال الجصاص في الشرح ٤/ ٢٧٨٠.

(٢) هنا في م زيادة (وإن زالت البكارة بالزنا)، وما بين القوسين ساقطة.

تنكر جواز العقد في الحقيقة، وإذا جعلنا القول قولها، فلا يمين على المرأة في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: تحلف، فإن حلفت برئت، وإن نكلت لزمها النكاح(١).

[التَّزْوِيْجُ بِدُون صَدَاقِ مِثْلِهَا]

قال: وإذا زَوَّج الرجل ابنته من رجل بدون صداق مثلها(٢)، إن كان ذلك مما يتغابن الناس في مثله، جاز العقد بالإجماع، وإن كان مما لا يتغابن الناس [في مثله] قال أبو حنيفة: العقد جائز، والإمهار جائز(٣).

وكذلك لو وَكَّل رجلٌ رجلاً بأن يزوجه امرأة، فزوجه امرأة [بأكثر من] صداق مثلها، فإنه يجوز، [وامرأة وكّلت رجلاً بأن يزوّجها من رجل، فزوّجها بدون صداق مثلها، فإنه يجوز](٤) وكذلك لو وَكَّل رجل رجلاً بأن يزوجه امرأة فزوَّجه منه امرأة غير كُفْءٍ فإنه يجوز.

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٧٢.

(٢) عبارة المختصر: (إذا زوّج ابنته وهي صغيرة، من كفء بدون صداق مثلها، أو زوّج ابنه وهو صغير، من امرأة يفوق صداق مثلها ...)، ص١٧٣، كذلك ما بعدها بالمعنىٰ.

(٣) انظر: المصدر السابق ص ١٧٣. (وجه قول أبي حنيفة: ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: (لا تغالوا بصُدُق النساء، فإنها لو كانت مَكْرُمَة في الدنيا، أو تقوىٰ عند الله، لكان أولاكم بها رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، ما أصدق أحداً من نسائه أكثر من اثنتي عشر أوقية ونَشٍّ) [أبو داود (٢١٠٦)؛ والترمذي (١١١٤)، وقال: حديث حسن صحيح؛ وابن ماجه (١٨٨٧)؛ وابن حبان في صحيحه ١٠/ ٤٨١؛ وفي صحيح مسلم فسرت النشّ بأنه: نصف أوقية، والأوقية: أربعون درهما، فيكون صداقهنّ خمسمائة درهم]).

قال الجصاص: وذلك خمسمائة درهم، وقد كان النبي صلىٰ الله عليه وسلم تزوّج عائشة وهي صغيرة، ومعلوم أنه لم يكن مهر مثلها خمسمائة درهم، بل أكثر بأضعاف ذلك ...، وقد كان زوّجها أياه أبو بكر رضي الله عنه، فدلّ على جواز تزويج الأب الصغيرَة بأقل من مهر مثلها)، كما في الشرح ٤/ ٢٩٠، ٢٩١.

(٤) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

ذكر أبو حنيفة رحمه الله في الجامع الصغير: لو أن أميراً من قريش أمرني أن أزوجه امرأة فزوجته أمة لغيري، يجوز، وكذلك لو أن امرأة وكَّلت رجلاً بأن يزوجها من رجل، فزوجها من غير كُفْءٍ، يجوز، وجعل أبو حنيفة هذا بمنزلة الوكيل بالبيع، وعندهما: الأب أو الوكيل إذا وزجها بدون صداق مثلها مقدار ما لا يتغابن الناس في مثله، أو زَوَّجَ ابنه امرأة بأكثر من صداق مثلها، فإن العقد لا يجوز(١).

وإذا وَكَّلَ رجل رجلاً بأن يزوجه امرأة، فزوّج منه امرأة ممن [لا] تجوز شهادة الوكيل لها: كالبنت، والأم، فإنه لا يجوز.

وإذا وَكَّل رجلاً بأن يزوجه امرأة، فزوج منه امرأة ممن لا تجوز شهادة الوكيل لها: كالبنت، والأم، فإنه لا يجوز.

وكذلك لو أن امرأة وَكَّلت رجلاً بأن يزوجها من رجل، فزوجها الوكيل ممن لا تقبل شهادته له، فإنه لا يجوز عند أبي حنيفة، وعندهما: يجوز، ولو كانت البنت صغيرة فزوَّجها منه لا يجوز بالإجماع.

[الخِيَار فيما إذا زوَّج الصغيرَ والصغيرةَ غَيْرُ الأَبِ]

ولو كان مُزوِّج الصغيرة [والصغير] غير الأب والجد من الأولياء، فإنه لا يجوز إلا أن يكون النقصان أو الزيادة مقدار ما يتغابن الناس في مثله بالإجماع، وإذا زَوَّجَ الصغيرَ والصغيرةَ أبوهما أو جدهما، فلا خيار لهما إذا بلغا، ولو كان المزوِّج غير الأب والجد ففي قول أبي حنيفة رحمه الله ومحمد: لهما الخيار إذا أدركا، وفي قول أبي يوسف: ليس لهما الخيار.

ولو كان مزوِّج الصغير والصغيرة القاضي، فلهما الخيار إذا أدركا، هكذا ذكر

---

(١) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ص ٢٧٥.

في ظاهر الرواية، وروىٰ هشام عن خالد بن صبيح عن أبي حنيفة رحمهم الله: أنه لا خيار لهما بمنزلة الأب والجد.

والوَصِيُّ لا ولاية له في النكاح بحق الوِصَاية، إلاّ إذا كان وليـاً ووصيـاً مع ذلك.

[الإجازة في نكاح الفُضُولي]

قال: (**ومن زَوَّج رجلاً امرأة بغير إذنه، فبلغه، فأجاز ذلك**)[١]، جاز[٢].

العقد عندنا يتوقف على الإجازة: إذا كان له مجيزاً حالة العقد، وإن لم يكن له مجيزاً حالة العقد، فإنه لا يتوقف، وشطر العقد يتوقف على القبول في المجلس، ولا يتوقف على ما وراء المجلس[٣]، فإذا عرفنا هذا فنقول:

الرجل إذا قال: اشهدوا أني زَوَّجْتُ نفسي من فلانة، وفلانة غائبة فبلغها، فأجازت/ النكاح، أو قالت المرأة: اشهدوا أني زَوَّجت نفسي من فلان، فبلغه [٢١٨-ب] فأجاز، أو فضولي قال: زوجت فلانة من فلان وهما غائبان، فبلغهما فأجازا، فإنه لا يجوز في قول أبي حنيفة ومحمد، وفي قول أبي يوسف: يجوز بالإجازة.

وأجمعوا أنه لو قَبِلَ عن الغائب قابل، فإنه يتوقف على إجازتهما.

ولو قال: أعتقت عبدي على ألف والعبد غائب، أو قال: خالعت امرأتي على ألف والمرأة غائبة، فإنه يتوقف على إجازتهما بالإجماع، وهذه حجة أبي يوسف

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٧٤.

(٢) ولكن فصَّل الطحاوي ذلك بقوله: (... فإن أبا حنيفة ومحمداً كانا لا يجيزان ذلك، إلاَّ أن يكون العاقد لمَّا عقد النكاح قال له رجل: قد قبلت منك ذلك لفلان ابن فلان، فإنه إن كان ذلك كذلك، ثم أجاز فلان النكاح، كان جائزاً ...، وقال أبو يوسف: النكاح جائز بالإجازة في الوجهين جميعـاً)، مختصر الطحاوي ص ١٧٤.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٣٠٣.

عليهما، وفي البيع اتفاق أنه لا يتوقف إذا قال لرجل: بعت عبدي من فلان بألف [درهم]، ولم يقبل عن المشتري أحد، أو قال: اشتريت عبد فلان بكذا، ولم يقبل عن البائع أحد، أو قال: بعت عبد فلان من فلان، ولم يقبل عنهما أحد، فإنه لا يتوقف بالاتفاق، وهذه حجة أبي حنيفة ومحمد على أبي يوسف رحمة الله عليهم أجمعين.

[تَوَلِّي طَرَفَيْ العَقْدِ]

والواحد يصلح أن يكون ولِيّاً في النكاح من الجانبين، كما إذا زَوَّجَ ابنة أخته من ابن أخيه، ويصلح أن يكون وكيلاً من الجانبين أيضاً: كرجل وكَّل رجلاً بأن يزوجه امرأة، ووكلت المرأة ذلك الرجل بأن يزوجها منه، فقال الوكيل: اشهدوا أن قد زوَّجت فلانة من فلان، فإنه ينعقد العقد وينفذ.

ولا يصلح أن يكون الواحد وكيلاً في البيع من الجانبين[1]؛ لأن في البيع حقوق العقد ترجع إلى العاقد، ويحتاج إلى التسليم والتسلم، والشخص الواحد لا يكون متسلِّماً ومُسْتَلِماً إلاّ في الأب، فإنه إذا اشترىٰ بمال ابنه لنفسه، أو باع ماله من ابنه الصغير بمثل قيمته أو بزيادة، أو بنقصان قدر ما يتغابن الناس فيه، فإنه يجوز استحساناً على ما ذكرنا في موضعه.

[تزويج الأمة والعبد]

قال: (ويجوز للرجل أن يزوج أمته وإن كانت كارهة لذلك)[2].

الأصل في هذا: أن كل من لا يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه، فولاية نكاحه إلى غيره، ثم العبد والأمة لا يجوز تصرفهما في المال إلّا بإذن المولىٰ، فولاية نكاحهما إلى المولىٰ، وله أن يزوج أمته على كره منها صغيرة كانت أو كبيرة بالإجماع.

---

(١) في م (اثنين).

(٢) مختصر الطحاوي ص١٧٤.

وأما في العبد فإن كان صغيراً فكذلك، وإن كان كبيراً فكذلك عند علمائنا في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف أنه قال: لا يجوز إلا برضا العبد، وهو قول الشافعي(١).

ولو زَوَّج عبده من أمته فإنه يجوز، وإن كان يكره منهما ولا يجب المهر؛ لأنه لو وجب له على نفسه، ولا يجوز أن يجب له شيء على نفسه، وقال بعضهم: يجب ثم يسقط.

ولو أعتقهما جميعاً فالعبد لا خيار له، والأمة لها [الخيار] على ما ذكرنا، هذا إذا عقد المولىٰ عليهما، [أو عقدت بإذن مولاها]، وأمّا إذا زوّجت الأمة نفسها من رجل بغير إذن المولىٰ، توقف على إجازة المولىٰ، فإن أجاز جاز، والمهر للمولىٰ، اعقتهما المولىٰ بعد ذلك أو لم يعتق، والدخول حصل بعد العتاق أو قبله؛ لأن المهر وجب عند جواز العقد، وعند الإجازة كان الملك للمولىٰ، وإن لم يجز العقد حتى أعتقهما، جاز العقد؛ لأن التوقف كان لحق المولىٰ، وبالعتق زال حقه، ولا خيار لهما؛ لأن النكاح نفذ بعد الحرية، إلا أنه ينظر: إن لم يكن الزوج دخل بها فالمهر لها، وإن كان دخل بها قبل العتق فالمهر للمولىٰ، [والقياس: أن يجب لها مهر آخر؛ لأنه يجب مهر بدخول في نكاح فاسد، ويجب مهر آخر بجواز العقد، ولكن](٢) في الاستحسان: يجب مهر واحد لا غير؛ لأن الجواز استند إلى وقت العقد، هذا إذا كانت كبيرة.

وأما إذا كانت صغيرة فأعتقها، فإنه لا ينفذ العقد ويبطل على قول زفر، وعندنا: يتوقف على إجازة المولىٰ إن لم يكن لها عصبة [سواه]، وإن كان لها عصبة غير المولىٰ، فإذا أجاز العقد، جاز، وإذا أدركت بعد ذلك، فلها خيار الإدراك؛ لأن

---

(١) وهو القول الراجح في المذهب: وليس للسيد إجبار العبد البالغ على النكاح في الجديد، وفي القديم: له ذلك. انظر: المهذب ٤/ ١٣٦؛ الروضة ٧/ ١٠٢.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

العقد نفذ عليها في حال الصغر وهي حرة، إلاّ إذا كان مجيز العقد أباها أو جدها، فإنه لا خيار لها.

ولو لم يجز ولم يعتق حتى مات، فإنه ينظر: إن حَلّ بضعها للوارث بطل العقد، وإن لم يحل بُضْعَها للوارث، توقف على إجازة الوارث: كما إذا كانت [٢١٩-أ] موطوءة الأب أو محرمة على الوارث/ بالرضاع ونحوه، فإذا أجاز العقد جاز، وإن أبطل العقد بطل، وكذلك لو باعها المولىٰ قبل الإجازة، حَلّ بُضْعها للمشتري، وبطل العقد، وإن لم يحل بضعها للمشتري، توقف على إجازته، هذا في الأمَةِ.

وأما في العبد، ففي الأحوال كلها يتوقف على إجازة الوارث، أو المشتري؛ لأن البُضْعَ لا يَحِلّ منه، وهذا كله عند علمائنا الثلاثة، وقال زفر: لما مات بطل العقد.

وكذلك إذا باع أو أعتق؛ لأن العقد توقف على إجازة المولىٰ، وقد زال حقه بالموت والبيع، فلا يجوز بإجازة غيره، هذا الذي ذكرنا في العبد والأمة، والمُدَبَّر، وأم الولد، وولد أم الولد.

وأما المُكَاتَب والمُكَاتَبة، فليس للولي أن يكرههما على النكاح، ولا يجوز العقد على المكاتب والمكاتبة إلا برضا المولىٰ، ورضاهما جميعاً، فما لم يجيزوا[(١)] لم يجز.

ولو أنها زوجت نفسها بغير إذن المولىٰ، توقف على إجازة المولىٰ، فإذا أعقتهما نفذ العقد بالعتاق، ولا خيار فيه، وكذلك إذا أدَّت فعتقت، وإن عجزت إن كان البضع يحل للمولىٰ بطل العقد، وإن كان لا يحل كما لو كانت أخته من الرضاعة، أو كانت مجوسية، توقف على إجازته.

ولو أن المولىٰ هو الذي عقد عليها بغير رضاها، توقف على إجازتها، فإن أدَّت

(١) في م (يجتمعا).

عتقت، أو أعتقها المولىٰ، توقف على إجازتها إن كانت كبيرة، وإن كانت صغيرة توقف على إجازة المولىٰ عندنا، إذا لم يكن لها عصبة غير المولىٰ، [ويثبت لها خيار الإدراك إذا أدركت، ولو لم تعتق حتى عجزت، بطل العقد إذا كان بضعها يحل للمولىٰ]، وإن كان بُضْعُها لا يحل للمولىٰ، فلا يجوز إلا بإجازته[١].

[تَدْلِيْس الزَّوج في نَسَبِه]

(**وإذا انتسب الرجل إلى قوم فزوّجوه امرأة، ثم ظهر نسبه على خلاف ما أظهره**)[٢]، فإن هذا لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن يكون أعلىٰ من المظهر، أو أدون منه، أو مثله:

أما إذا كان أعلىٰ من المظهر أو مثل المظهر، فلا خيار لها؛ لأنه لا نقيصة عليها ولا عار.

إلاّ رواية روي عن الحسن بن زياد أنه قال من ذات نفسه: إذا كان المكتوم أعلىٰ من المظهر فلها الخيار: لأنها إنما رضيت بالمظهر لا بالأعلى؛ لأن الأعلىٰ لا يحتمل عنها مثل ما يحتمل المظهر، كما لو أظهر أنه عربي، فإذا هو هاشمي.

وأما إذا كان أدْوَن من المظهر فلها الخيار، سواء إن كان نسبه المكتوم كفئاً لها أو ليس بكفء؛ لأنها رضيت بشرط الزيادة، وقد فاتت فعدم رضاها، هذا إذا كان الرجل هو الذي فعل ذلك.

وأما إذا فعلت المرأة ذلك، فإنه لا خيار للزوج في هذا كله، سواء بَيَّنَ أنها حرة أو أمة.

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٣/ ٣٠٤، ٣٠٥.

(٢) تكملة العبارة: (... ثم علم أنه ليس كما انتسب، أبطل نكاحه)، مختصر الطحاوي ص١٧٤.

[تزوّج أمة على أنها حرة، فولدت منه]

قال: (**ومن تَزَوَّج امرأة على أنها حرة فولدت منه، ثم أقام رجل البينة أنها أمة، فإن المولىٰ بالخيار: إن شاء أجاز النكاح، وإن شاء أبطله، ويغرم العقر، والولد حُرٌّ بالقيمة**)(١).

وإنما يغرم قيمته يوم الخصومة، ولو كان الولد ميتاً وقت الخصومة فإنه لا يغرم قيمته؛ لأنه إنما غرم قيمته بالحبس [ولم يوجد الحبس]؛ لأنه لا صنع له في موته.

ولو كان الابن ترك مالاً فهو ميراث للأب، ولا يغرم للمستحق شيئاً؛ لأن الميراث ليس ببدل عن الميت، وإن كان الابن قتله رجل وأخذ الأب الدية، فإنه يغرم قيمته؛ لأن الدية بدل عنه، والبدل يقوم مقام المبدل فصار كأن الولد حي، وإن كان رجل ضرب بطن الجارية فألقت جنيناً ميتاً، فغرم الضارب الغُرَّة خمسمائة، يغرم المستولد للمستحق إن كان الولد ذكراً نصف عشر قيمته، وإن كانت أنثىٰ يغرم عشر قيمتها.

ولو كان المغرور عبداً، فإن الأولاد يكونون أَرِقَّاءَ للمستحق عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: الأولاد أحرار، ويكونون ولد [المغرور].

ثم هذا لا يخلو: إما أن يكون الغار أجنبياً، أو كانت هي التي غَرَّته، أما إذا كان الأجنبي هو الذي غَرَّه: كما إذا قال المزوِّجُ: تَزَوَّجْ بها فإنها حرة، فإنه يرجع على الغَارِّ بقيمة / الأولاد، ولا يرجع بالعَقْر، وكذلك لو لم يأمره (ولكنه زَوَّجَها منه [٢١٩-ب]
على أنها حُرَّة، فالجواب على هذا، وأما إذا قال: هي حرة)(٢) ولم يأمره بالتزويج، ولم يزوجها منه، فإنه لا يرجع على المُخْبِر بشيء، هذا إذا كان الغار أجنبياً.

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٧٥.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

[وأمَّا إذا كان المولىٰ هو الذي غرّه، فإنه لا يضمن من قيمة الأولاد شيئًا؛ لأنه لو ضمن المولىٰ، كان له أن يرجع بما ضمن، فلا فائدة لوجوب الضمان].

ولو كانت الأمة هي التي غرته، فإنه يرجع على الأمة بعد العتاق إذا كان الولي [لم] يأمرها بذلك، فإن كان الولي أمرها بذلك، يرجع على الأمة للحال.

ولو أن الغار كان عبداً لرجل، يرجع عليه بعد العتاق إذا كان الولي لم يأمره بذلك، وأما إذا كان الولي أمره بذلك، فإنه يرجع عليه للحال، إلاَّ إذا كان مكاتباً أو مكاتبة، فإنه يرجع عليهما بعد العِتَاق، وأمر المولىٰ بذلك لم يصح، هذا إذا غَرَّهُ أحد.

وإن لم يغره أحد، ولكنه ظنّ أنها حرة فإذا هي أمة، لا يرجع على أحد بشيء، والأولاد أرقاء لمولىٰ الأمة[1].

[العِتْقُ عَلىٰ أَنْ تُزوِّجَه نَفْسَهَا]

قال: (**ومن أعتق أمته على أن تزوجه نفسها، [ثم زوّجته نفسها، كان لها عليه صداق مثلها]**)[2]، فإن هذا يتعلق بقبولها، فإذا قبلت عتقت، والتزويج ليس بشرط لنزول العتق، كما إذا قال: أنت حرة على ألف درهم، أو قال: أنت حرة على أن تعطيني ألف درهم، فإنها إذا قَبِلَتْ عُتِقَتْ، بخلاف ما إذا قال: إن أدَّيْتِ إليَّ ألفاً فأنت حُرَّةٌ، فإنه لا تُعْتَقُ بالقبول مالم تؤَدِّ.

---

(١) وقد قال علي رضي الله عنه: عليه قيمته.

وله أصل من السنة: وهو (حكم النبي صلىٰ الله عليه وسلم في عبد بين رجلين، أعتقه أحدهما وهو موسر، أنه يضمن نصف قيمته)، (ولم يحكم عليه بنصف عبد مثله)، كما قال الجصاص في الشرح ٤/ ٣٠٨.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٧٥؛ (وذلك لأن العتق ليس بمال، فلا يُستحقُّ به تسليم مال، فلا يكون مالاً، ولا يكون مهراً؛ لقول الله تعالىٰ: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤])، كما في شرح المختصر ٤/ ٣٠٩.

ثم إذا عتقت في مسألتنا فلا يخلو بعد ذلك: إما أن تتزوج بالمولىٰ أو لا تتزوج، فإن تزوجت بالمولىٰ جاز، فإن سَمَّىٰ لها [مهراً]، فلها المسمىٰ وإن لم يسم لها مهراً، فلها مهر مثلها عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: لا مهر لها، وعتقها صداقها، وعندهما: لا تعتق[1] ولا يكون مهراً؛ لأنه ليس بمال.

وإن لم تتزوج بالمولىٰ فلا تجبر على ذلك؛ لأنها حرة ملكت نفسها، فلا تجبر على النكاح، إلاّ أنه يجب عليها أن تسعىٰ في قيمتها للمولىٰ عند علمائنا الثلاثة، وقال زفر: لا سعاية عليها.

وإذا وجبت السعاية عليها، فلها مهر حُرَّةٍ بالاتفاق، أما على قولهما فلا يُشْكِلُ؛ لأن المستسعىٰ عندهما حُرٌّ وعليه دَيْن، وكذلك على قول أبي حنيفة؛ لأنها تسعىٰ لحَقٍّ في الرَّقَبَة، لا لفكاك الرقبة.

[زواج امرأة على عتق ابنها]

ولو تزوّج امرأة على عتق ابنها، أو ذوي رَحِمٍ مَحْرمٍ منها، أو على عتق عبد، أو تزوجها على أن يعتق هذا العبد وهو ذو رَحِم مَحْرم منها، أو ليس بذي رحم محرم منها، فكل وجه على وجهين: إما أن يقول عنها، أو لا يقول عنها:

أما إذا تَزَوَّجها على عتق ابنها، أو ذي رَحِم مَحْرم منها، أو كان العبد أجنبيًا، فإنه يعتق بقبولها، فإذا قبلت، عتق العبد، ويثبت الولاء للزوج دونها، ولها مهر المثل إن لم يكن سمىٰ لها مهراً، وإن كان سمىٰ لها مهراً فلها المسمىٰ؛ لأنه عَلَّق العتق بقبولها النكاح، فإذا قبلت وقع العتق، والعتق لا يكون مهراً؛ لأنه إبطال ملك، هذا إذا لم يقل عنها.

أما إذا قال عنها وقبلت، عتق العبد عنها، وثبت الولاء منها، وصار ذلك مهراً

(١) في م (العتق لا يكون مهراً).

لها؛ لأنه ذكر أن يكون العتق عنها، ولا يكون عنها إلا بعد سبق الملك، فملكت أولاً ثم عتق عنها، كما إذا قال لآخر: أعتق [عبدك][(١)] عني عن كفارة يمين بألف درهم، فأعتق، فإنه يجوز، ويكون العتق عن الآمر، هذا إذا تزوجها على عتق العبد.

[الزواج على أن يعتق هذا العبد]

ولو تزوجها على أن يعتق هذا العبد، فقبلت صَحَّ النكاح، ولا يعتق العبد عنه بقبولها؛ لأنه قد وعد أن يعتق، فلا يعتق ما لم يعتق، فإذا أعتق ثبت الولاء منه، ولا يكون العتق عنها، ولها مهر المثل إن لم يسم لها مهراً، [وإن كان المهر مُسَمًّى] صَحَّ المسمىٰ، سواء كان العبد أجنبياً أو ذا رَحِم مَحْرَم منها.

هذا إذا أعتق كما وعد، وإن لم يعتق فإنه لا يجبر[(٢)] على ذلك؛ لأنه ينظر إن لم يكن سمىٰ لها مهراً فلها مهر المثل، وإن كان سمىٰ لها مهراً والمسمىٰ أكثر من مهر المثل، فلها ذلك، وإن كان المسمىٰ أقل من مهر مثلها، فإن كان العبد أجنبياً، فلها ذلك المسمىٰ لا غير؛ لأنه شرط [لها] شرطاً لا منفعة لها فيه، بخلاف الشرط لا يكون غارّاً لها، وإن كان العبد ذا رَحِم مَحْرَم منها، فإنه يبلغ إلى تمام مهر / مثلها؛ [٢٢٠-أ] لأنها رضيت بدون مهر مثلها؛ لمنفعة شرطه لها، وهو عتق ذي الرَّحِم المَحْرَم، فإذا لم [يَفِ][(٣)] لها شرطها فقد عدم رضاها، فصار كالغارّ لها، هذا إذا لم يقل [عنها].

وأما إذا قال: على أن يعتق هذا العبد عنها، فقبلت صَحَّ النكاح وصار العبد ملكاً لها، فإن كان العبد ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منها عتق [عليها؛ لأنها ملكت ذا رَحِم مَحْرم منها، فصار ذلك مهرًا لها، وإن كان العبد أجنبياً، فيكون ملكاً لها]، إلاّ أن الزوج يكون وكيلاً عنها في العتق، فإن أعتق [قبل العزل، نفذ] العتق عنها، وإن عزل عن ذلك صَحّ العزل.

---

(١) في أ، ج (عبدي) والمثبت من م، والسياق يدل عليه.

(٢) في م (فلا يعتق عليه).

(٣) في أ، ج (يثبت) والمثبت من م.

[الزَّوَاجُ بأَرْبَعٍ]

قال: ويجوز للرجل الحر: أن يتزوج بأربعة نسوة(١)، ويجمع بينهن عَقْدًا [وفِرَاشًا]، سواء كن حَرائِرَ أو إِمَاء، أو بعضهن حرائر وبعضهنّ إماء، بعد أن حصل نكاح الأمة منهنّ قبل نكاح الحرة، وأما إذا حصل بعد نكاح الحرة أو وقعا معًا، فإنه لا يجوز نكاح الأمة، وهذا عندنا(٢).

وقال بعض الناس: [في] النكاح يجوز الجمع بين تسع نسوة، وقال بعضهم: يجوز الجمع بين ثمان عشرة نسوة، وكلا القولين مهجور، هذا في الجمع من جهة النكاح.

وأما الجمع من جهة ملك اليمين؛ فإنه يجوز وإن كثرن، عقداً أو وَطْئًا، دليله الحديث: روي عن عمار بن ياسر أنه قال: (ما حرم الله تعالى من الحرائر إلا وقد حرم مثله من الإماء، إلا رجل يجمع بينهن [من جهة الملك])(٣)؛ لأن الجمع من جهة الملك دون النكاح، هذا في الحر.

[ما يتزوج العبد]

وأما في العبد فيجوز له أن يتزوج بامرأتين، ويجمع بينهما حرتين كانتا أو أمتين، ولا يجوز أكثر من ذلك(٤)، وأما من جهة الملك، فليس للعبد أن يشتري جارية للوطء لما روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (لا يتسرىٰ

---

(١) وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النساء: ٣].

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١٧٦.

(٣) أورده السرخسي في المبسوط ٤/ ٢٠١. (ولم أعثر عليه في كتب الآثار).

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٧٦؛ (وذلك لما روىٰ ليث عن الحَكم قال: (أجمع أصحاب رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: أن العبدَ لا يَجْمع من النساء فوق اثنتين) [أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٤/ ١٤٤؛ والدارقطني ٣/ ٢٠٨؛ انظر: التخليص الحبير ٣/ ١٧٣]).
انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٣١٣.

العبد ولا يُسَرِّيْه مولاه، ولا يملك العبد ولا المكاتب شيئًا إلا الطلاق)[١].

قال: وإذا تزوج أمة وهو قادر على أن يتزوج حرة، جاز عندنا، وقال الشافعي: لا يجوز[٢].

وهذا إذا كانت الأمة مسلمة أو كتابة، وأما إذا كانت كافرة كعابدة الوثن والمجوسية، لا يجوز نكاحها بالإجماع.

[القَسْم لِلحُرَّةِ والأَمَةِ]

وللحرة الثلثان من القَسْم، وللأمة الثلث، والكتابية والمسلمة في القسم سواء، والكل في النفقة سواء؛ لأنهن في الحاجة سواء[٣].

[الجَمْعُ بَيْنَ امْرَأَتَيْن]

(ومن طلق امرأته طلاقـًا بائنـًا، أو طلاقـًا يملك الرجعة، فليس له أن يتزوج أختها، ولا أربعـًا سِواها [حتى تنقضي عدتها])[٤].

أما في الطلاق الرجعي فاتفاق، وفي الطلاق البائن والثلاث اختلاف: عندنا: لا يحل له ذلك، وعند الشافعي: يحل[٥]، وكذلك كل من كانت في علة الأخت: كالعَمَّةِ، والخَالَةِ، وغيرهما[٦].

---

(١) أخرج الجزء الأول أبو يوسف في كتاب الآثار من قول إبراهيم، ١/ ١٣٠.

(٢) انظر: المهذب ٤/ ١٥٤.

(٣) انظر: خزانة الفقه ص٩٩.

(٤) مختصر الطحاوي ص١٧٦؛ (وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ﴾ [النساء: ٢٣]، ويحصل بتزويج أختها ضَرَرٌ من الجمع؛ لأنه يستلحق نسبها، وتجب نفقتهما جميعـًا، وسكناهما، وذلك منفي بالعموم). شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٣١٧.

(٥) انظر: المهذب ٤/ ١٤٧؛ الروضة ٧/ ١١٧.

(٦) وذلك لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (لا تجمعوا بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة =

ولو أعتق أم ولده ووجبت عليها العدة ثلاث حِيَض، ثم تزوج أختها في عدتها، أو أربعاً من الأجانب، ففي قول زفر: لا يجوز كلاهما، وفي قول أبي يوسف ومحمد: يجوز كلاهما، وفرق أبو حنيفة بينهما وقال: إن نكاح الأخت لا يجوز، ونكاح الأربع يجوز.

وإذا تزوج الأمة في عدة الحرة من طلاق رجعي لا يجوز بالاتفاق، وإن كان الطلاق بائناً، فكذلك لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وعند أبي يوسف ومحمد: يجوز[1].

= وخالتها) [البخاري (٤٨٢٠)؛ ومسلم (١٤٠٨)].

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٣١٧، ٣١٨.

باب [ما يَحْرُمُ نكاحه من النساء][1]، وما [يَحْرُمُ الجمع بنسب] وغير ذلك

قال أبو جعفر رحمه الله تعالىٰ: (وأُمّ الرجل حرام عليه)[2].

[أنواعُ المُحَرَّمَاتِ في النِّكَاحِ]

اعلم بأن جميع ما يتضمّنه كتاب النكاح والرضاع بالتحريم على أحد وعشرين نوعـًا: سبع من جهة النسب، وسبع من جهة السبب: وهو الرضاع، وأربع من جهة المصاهرة، واثنان من جهة الجمع، وواحد من جهة الكفر.

[المُحَرَّمَاتُ سَبْعٌ مِنَ النَّسَبِ]

أما السبع التي من جهة النسب، كما جعلهن الله في آية واحدة، فقال: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾ [النساء: ٢٣].

١- والأم حرام، وهي على ثلاثة أصناف: أمك التي ولدتك، وأم أبيك، وأم أمك وإن علت.

٢- والبنت حرام، وهي على ثلاثة أصناف: ابنتك، وابنة ابنك، وابنة ابنتك وإن علت.

٣- والأخت حرام، وهي على ثلاثة أصناف: أختك لأبيك وأمك /، [٢٢٠-ب] وأختك لأبيك، وأختك لأمك.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من المختصر المطبوع ص١٧٦؛ وشرح المختصر ٤/ ٣١٩.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٧٦.

٤- والعَمَّةُ حرام وهي على ثلاثة أصناف: أخت أبيك لأبٍ وأُمٍّ، وأخت أبيك لأبٍ، وأخت أبيك لأُمٍّ.

٥- والخَالَة حرام وهي على ثلاثة أصناف: أخت أمك لأبٍ وأمٍ، وأخت أمك لأبٍ، وأخت أمك لأم.

٦- وابنة الأخ حرام، وهي على ثلاثة أصناف: بنت الأخ لأب وأم، وبنت الأخ لأب، وبنت الأخ لأم.

٧- وبنت الأخت حرام، وهي على ثلاثة: ابنة الأخت لأب وأم، وابنة الأخت لأب، وابنة الأخت لأم، فهذه السبعة التي ذكرنا من جهة النسب(١).

[المُحَرَّمَاتُ السَّبْعُ مِنْ جِهَةِ السَّبَبِ]

وأما السبع من جهة السبب: فأمك التي أرضعتك حرام بالنص وهو قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ [النساء: ٢٣]، وكذلك [أمها] أم أمها وأم أبيها وإن علت.

وكذلك حرام على أولادك وإن سفلوا، وكذلك بناتها، وبنات بناتها، وبنات بنات بناتها، وبنات أبنائها وإن سفلن، حرام عليك بقول الله تعالى: ﴿وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣].

وكذلك عمته، وخالته من الرضاعة حرام عليه، فكلّ من يحرم من جهة النسب يحرم من جهة الرضاع لقوله عليه الصلاة والسلام: (**يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب**)(٢).

وزوجها الذي نزل لها منه لبن بمنزلة الأب، وبناتها التي ليس منها بمنزلة

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٣٢٠.

(٢) أخرجه البخاري (٢٦٤٥)؛ ومسلم (١٤٤٥).

الأخوات من قبل الأب، وأولادها الذين ليسوا منه بمنزلة الإخوة والأخوات من قبل الأم، وأولادها الذين من هذا الزوج بمنزلة الإخوة والأخوات لأب وأم.

[المُحَرَّمَاتُ مِنْ جِهَةِ المُصَاهَرَةِ]

وأما الأربعة من جهة المصاهرة[١]: فأم المرأة حرام عليه، سواء دخل بامرأته أو لم يدخل بها لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾[٢] [النساء: ٢٣]، سواء كان من جهة النسب أو من جهة الرضاع.

وكذلك أمهات أبيها، وأمهات أمها وإن علت.

وابنة المرأة حرام عليه إذا دخل بالأم: لقوله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٣][٣].

ومنكوحة الأب حرام لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٢]، فالنكاح في اللغة: عبارة عن العقد والوطء جميعاً، فكل

---

(١) الصِّهْر -بكسر فسكون-، والجمع أصهار: هم القرابة بالزوج.

(قال الخليل: الصهر: أهل بيت المرأة، قال: ومن العرب من يجعل الأَحماء والأَختان جميعاً أصهاراً. وقال الأزهري: الصهر يشتمل على قرابات النساء ذوي المحارم وذوات المحارم: كالأبوين، والإخوة وأولادهم، والأعمام والأخوال والخالات، فهؤلاء أصهار زوج المرأة، ومن كان من الزوج من ذوي قرابته المحارم، فهم أصهار المرأة أيضاً). المصباح (صهر).

(٢) (وأمهات النساء يَحْرُمْن بالعقد على البنات؛ والآية تدل على عموم في تحريمهنّ، دخل بالبنت أو لم يدخل.

وكذا روي عن ابن عباس أنه قال في ذلك: (﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾: أبهمُوا ما أَبْهَمَ الله)، [البيهقي في الكبرىٰ ٧/ ١٠٦؛ والدر المنثور للسيوطي ٢/ ٤٧٣])، انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٣٢١.

(٣) ولذلك قالوا: إن الربائب لا يَحْرُمْن إلّا بالدخول على الأمهات، ولا يحرمن بالعقد وحده.

من عَقَدَ عليها الأب عقداً جائزاً، تحرم على الابن، وأما إذا كان العقد فاسداً، فإنها لا تحرم بمجرد العقد، إلا إذا اتصل به الدخول بها، أو النظر إلى الفرج بشهوة، أو اللمس بشهوة، فتحرم على الابن.

[ما تُوْجِب حرمة المُصَاهَرة]

وكذلك الوطئ [بالزنا]، والمَسّ عن شهوة في الأجنبية، والنظر إلى فرج الأجنبية عن شهوة، توجب حرمة المصاهرة، وكذلك إذا وجد وطئ الأمة حراماً كان أو حلالاً، فإنها تحرم على الابن، وكذلك منكوحة الأب من الرضاع حرام بالخبر: روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (**يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب**)(١)، وحليلة الابن حرام سواء كان الابن من جهة النسب، أو من جهة الرضاع، وحليلة منكوحته وموطوئته، حراماً كان أو حلالاً، هذه الأربع التي من جهة المصاهرة(٢).

[المُحَرَّمَات مِنْ جِهَةِ الجَمْعِ]

وأما اللتان من جهة الجمع: أحدهما: الجمع بين أكثر من أربع نسوة لا يحل له، على ما سبق ذكره.

والثانية: الجمع بين الأختين في عقد النكاح لا يحل، فإن تزوجهما في عقد واحد، يفرق بينهما وبينه، فإن كان قبل الدخول فلا شيء لهما، وإن كان بعد الدخول بهما، [يجب] لكل واحدة منهما الأقل من المسمىٰ ومن مهر المثل.

---

(١) الحديث أخرجه البخاري (٢٦٤٥) ومواضع أخرىٰ؛ ومسلم (١٤٤٥) وغيرهما.
(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١٧٧، ١٧٨؛ الهداية شرح البداية ١/ ١٩١؛ تبيين الحقائق ٢/ ١٠٣.

ثم لا يجوز [له] أن يتزوّج واحدة منهما ما لم تنقضِ عدة صاحبتها، وإن كان تزوجها في عقدين متفرقين، فنكاح الأُولىٰ [منهما] جائز، ونكاح الأخرىٰ باطل، ويفرق بينه وبين الأخرىٰ، فإن كانت غير مدخول بها فلا شيء لها، وإن كان قد دخل بها، فلها الأقل من مهر مثلها ومن المسمىٰ، ولا يفسد نكاح الأولىٰ بخلاف الأم والبنت، إلا أنه لا يطأ الأولىٰ ما لم تنقضِ عدة الأخرىٰ.

ولو تَزَوَّجَهُمَا في عَقْدَيْن ولا يدري أيتهما [كانت] أولاً، فإنه يؤمر بالبيان، فإن بَيَّنَ شيئًا فهو على ما بَيَّنَ، وإن لم يبين فإنه لا يتحرىٰ في ذلك، ويفرق بينه / [٢٢١-أ] وبينهما، ويلزم هذا الزوج نصف الصداق، ويكون بينهما.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ أنه قال: لا يلزم الزوج شيء من المهر، وروي عن محمد أنه قال: يجب المهر لكل واحدة كاملاً.

ولا يجوز الجمع بين الأختين استمتاعًا، كما لا يجوز الجمع بينهما نكاحًا.

إذا ملك [أختين] كان له أن يستمتع بأيهما شاء، فإذا استمتع بإحداهما فليس له أن يستمتع بالأخرىٰ بعد ذلك.

وكذلك لو اشترىٰ جارية فوطئها ثم اشترىٰ أختها، كان له أن يطأ الأولىٰ وليس له أن يطأ الأخرىٰ بعد ذلك ما لم يحرم فرج الأولىٰ على نفسه، وتحريمه إياها: إما بالتزويج من رجل، أو بالإخراج عن ملكه، إما بعتق، أو بهبة، أو بصدقة، أو ببيع، أو بكتابة.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: بالكتابة لا يحل له فرج الأخرىٰ.

ولو تزوج جارية فلم يطأها حتى اشترىٰ أختها، فليس له أن يستمتع بالمشتراة؛ لأن الفراش [يثبت لها] بنفس النكاح، فلو وطئ الذي اشتراها، صار جامعًا بينهما

في الفراش، فلا يجوز.

وكذلك الجمع بين من كان في علة الأختين حرام عليه: وهو أن كل شخصين لو كان أحدهما ذكراً والأخرى أنثىٰ، أيهما ما كان، جاز النكاح بينهما، جاز الجمع بينهما إذا كانا اثنين، وإن كان لا يجوز النكاح بينهما، فلا يجوز الجمع بينهما[١].

ولو تزوج امرأة وابنة زوج كان لها قبل ذلك، فإنه يجوز الجمع بينهما، وهذا عندنا، وقال ابن أبي ليلىٰ: لا يجوز.

[المُحَرَّمَاتُ الَّتِي مِنْ جِهَةِ الكُفْرِ]

وأما الواحدة التي هي من جهة الكفر: فهي المجوسية[٢]، لا يجوز للمسلم أن يتزوجها، وكذلك عبدة الأوثان[٣][٤].

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٧٧.

(٢) المجوس: قوم كانوا يعبدون الشمس والقمر والنار، (والمجوسية: عقيدة المجوس في تقديس الكواكب والنار)، وهي دين قديم، جدده وأظهره وزاد فيه زادُشت). المعجم الوسيط (مجس).

(٣) الوثَن -بالتحريك- وجمعه أوثان: (والوَثَن: الصَّنَم، سواء من خشب أو حجر أو غيره)، وعُبد من دون الله تعالىٰ، والوثنية: مذهب عبدة الأوثان. انظر: المصباح؛ المعجم الوسيط (وثن).

(٤) وقد جمع الجصاص كل أسباب التحريم في النكاح بقوله:

(وجملة الأمر فيه: أن النكاح يَحْرُم لسبعة معاني:

١. منها: ما يحرُم بالوطء دون العقد، مثل: الوطء بملك اليمين، وبالزنىٰ.
٢. ومنها: ما يحرُم بالوطء وإن لم يكن عقد، مثل: حلائل الأبناء، وأمهات النساء.
٣. ومنها: ما يحرُم بهما جميعـًا: كالربائب.
٤. ومنها: ما يحرُم بالنَّسَب.

=

وأما الكتابية فإنه يجوز للمسلم أن يتزوجها، والكتابية: هي التي تكون يهودية أو نصرانية.

وأما الصابئة[(١)] فعلى قول أبي حنيفة: حكمها حكم أهل الكتاب، وعلى قولهما: الصابئة ليست من أهل الكتاب، فلا يجوز نكاحها[(٢)].

المسلم إذا تزوج ذمية، فله أن يمنعها من الخروج إلى الكنائس، والبِيَعِ، وبيت النار، وليس له إجبارها على الغسل من دم الحيض والنفاس والجنابة[(٣)].

= ٥. ومنها: ما يحرُم بالرَّضاع.

٦. ومنها: ما يحرُم بجَمْع بين ذَواتي رَحِم مَحْرَم.

٧. ومنها: ما يحرُم لأنها تحت زوج). شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٣٢٠، ٣٢١.

(١) الصابئة: وردت ذكرهم في القرآن الكريم، فهم نوعان كما ذكر ابن تيمية:

الصابئة المشركون: فهم قوم يعبدون الملائكة، ويقرؤون الزبور، ويصلون، فهم يعبدون الروحانيات العلوية (فهؤلاء الذين عناهم المؤلف هنا).

وأما الصابئة الحنفاء: فهم بمنزلة من كان متبعاً لشريعة التوراة والإنجيل قبل النسخ والتحريف، من اليهود والنصارىٰ، وهؤلاء حمدهم الله تعالىٰ وأثنىٰ عليهم.

والثابت: أن الصابئين قوم ليس لهم شريعة مأخوذة من نبي، وهم قوم من المجوس. انظر: الرد على المنطقيين ٦/ ٤٥٤.

وأما الصابئة المندائية: فهي طائفة الصابئة الوحيدة الباقية إلى اليوم، والتي تعد يحيىٰ عليه السلام نبيًّا لها، ويقدس أصحابها الكواكب والنجوم، ويعظمونها. انظر: الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب ٢/ ٤١٧.

(٢) وضّح الطحاوي ذلك: (وقال أبو يوسف ومحمد: النساء الصابئات في ذلك، كالنساء المجوسيات، لا يحل منهن إلاّ ما يحل من نساء المجوسيات، وبه نأخذ). مختصر الطحاوي ص١٧٨.

(٣) انظر: المصدر السابق نفسه.

[زَوْجَةٌ كِتَابِيَّةٌ تَمَجَّسَتْ]

قال: (ومن تزوج كتابية فتمجست حرمت عليه، وانفسخ نكاحها)[١]:

أحد الزوجين إذا صار إلى حال لو استأنف العقد على تلك الحالة لا يجوز، والجائز بطل.

وإذا عرفنا هذا فنقول:

مسلم تزوج بيهودية فتَنَصَّرت، أو كانت نصرانية فتهَوَّدَت، لا يفسد النكاح، ولو كانت يهودية فتمجست، فسد.

ولو تصابأت فعلىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ لا يفسد، وعلى قولهما: يفسد، ثم إذا فسد النكاح بالتمجس من قِبَلِها، فالتفريق حصل من قِبَلِهَا، فلا شيء لها من الصداق، ولا نفقة لها وإن كان قبل الدخول بها، وإن كان بعد الدخول بها، فالمهر يجب، ولا تجب النفقة.

ولو جاء التفريق من قِبَلِهِ: إن كان قبل الدخول [بها]، يجب نصف الصداق إن كان مسمًّى، وإن لم يكن مسمًّى تجب النفقة، وإن كان بعد الدخول بها، يجب جميع المهر والنفقة[٢].

[خِطْبَة المَخْطُوْبة]

قال: (ومَنْ خطب[٣] امرأة فلم تركن إلى خطبته [إياها]، لم يكن لغيره بأس في

---

(١) انظر: المصدر السابق نفسه.

(٢) انظر: شرح المختصر ٤/ ٣٣٩.

(٣) خطب: من خطب فلانة خِطْبَةً: أي: طلبها للزواج، ويقال: خطبها إلى أهلها: طلبها منهم للزواج، أو (خطب المرأة إلى القوم: إذا طلب أن يتزوج منهم)، كما في المصباح (خطب). الخِطبة: طلب نكاح المرأة من وليها، أو من نفسها.

خطبتها)[1] لما روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: **(لا يستام الرجل على سوم أخيه، ولا ينكح على خطبته إلاّ بإذنه)**[2]، هذا إذا ركن قلبها إلى الأول، ولو لم يركن قلبها إلى الأول، فلا بأس [به] على ما ذكرنا في كتاب البيوع.

والخِطْبَة في العدة بالتصريح تكره، وبالتعريض[3] لا تكره[4].

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٧٨. قال الجصاص: (إنما يكره له خطبتها إذا كانت إلى غيره؛ ... لما روي عن ابن عمر قال: (نهىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أن يخطب على خطبة أخيه، حتى يترك الخاطب الأول، أو يأذن له، فيخطب) [البخاري (٤٨٤٩)] ...، وأما إذا لم تركن إليه، فإنما جاز له ذلك وإن لم يأذن الأول ...؛ لحديث فاطمة بنت قيس). انظر: شرح المختصر ٤/ ٣٣٩، ٣٤٠.

(٢) أخرجه البخاري (٢٥٧٧)؛ ومسلم (١٤٠٨).

(٣) في م (وبالتلويح)، والمعنىٰ واحد.

والتعريض في الخطبة: ضد التَّصريح: وهو التورية بالشيء، يقال: عَرَّضْت بفلان ولفلان، إذا قلت قولاً وأنت تعنيه.

والمقصود بالتعريض هنا: هو ما يحتمل اللفظ غير النكاح، مثل أن يقول: (رب راغب فيك)، وقال الأزهري: (أنت جميلة، وأنتِ مرغوب فيك).

والتصريح: من صَرُح الشيء -بالضم-، صراحة وصُرُوحةً، خَلَص من تعلقات غيره، فهو صريح.

والمقصود بالتصريح في الخطبة: أي: لا يحتمل غير النكاح، مثل أن يقول: إذا انقضت عدتك، تزَوَّجتك. انظر: المصباح (صرح، عرض)؛ المهذب ٤/ ١٦٢، ١٦٣.

(٤) وفي المختصر: (والتعريض بذلك مباح) ص١٧٨؛ (وذلك لقول الله عز وجل: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِىٓ أَنفُسِكُمْ عَلِمَ ٱللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾ [البقرة: ٢٣٥]، يعني: نكاحاً.

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس: (إذا انقضت عِدَّتُكِ فآذِنيني)، وذلك تعريض منه في العدة). شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٣١٤.

انظر: تفسير الطبري ٢/ ٥١٧، ٥١٨.

بَابُ نِكَاحِ أَهْلِ الشِّرْكِ

[ضابط وجوب المهر وعدمه]

الأصل في هذا: أن كل عقد يوجب المسمىٰ، فالطلاق قبل الدخول يوجب تنصيفه.

وكل عقد أوجب مهر المثل، فالطلاق قبل الدخول يوجب المتعة.

وكل عقد لا يوجب شيئاً، فالطلاق قبل الدخول لا يوجب شيئاً.

[الزواج بغير مهر ونحوه]

فإذا عرفنا هذا فنقول: المسلم إذا تَزَوَّج مسلمة على غير مهر وتراضيا بذلك، أو سمىٰ ما ليس بمال، فالنكاح جائز، ولها مهر المثل إن كان دخل [بها]، أو خلا بها، أو مات عنها، وإن طلقها قبل الدخول بها، كان لها المتعة.

ولو أن حربياً تزوج حربية على أن لا مهر لها، فلا شيء لها، دخل بها أو لم
[٢٢١-ب] يدخل [بها]/ ، طَلَّقَهَا أو مات عنها، أسلما أو أسلم أحدهما.

ولو أن ذمياً تزوج ذمية على أن لا صداق لها، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ: لا يجب المهر كالحربي والحربية، وقال أبو يوسف: هما كالمسلم والمسلمة[1].

---

(١) وهو قول محمد أيضاً؛ وذلك (لأن النكاح وقع في دار الإسلام، فحكم الإسلام جارٍ عليها)، كما في مختصر الطحاوي ص١٧٩.

[زَوَاجُ الذِّمِّيِّ فِي العِدَّةِ وَنَحْوهَا]

قال: ومن تزوج من أهل الذمة [امرأة] في عدة من زوج ذِمِّيٍّ [مات أو طَلَّقَها]، وفي دينهم ذلك جائز، أو تزوج مَحَارِمَه، يخلىٰ بينهما[١].

المعتدة المسلمة لا يجوز لها أن تتزوج في عِدَّتِها إلا من زوجها الأول، إذا لم تكن مُحَرَّمَةً بثلاث، وكذلك الذمية إذا كانت معتدة من مسلم، وأما الحربية إذا كانت مُعْتَدَّةً[٢] من حربي، كان لها أن تتزوّج من حربي آخر، ولا تجب عليها العدة، وأما الذمية إذا كانت معتدة من ذمي قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ: يجوز لها أن تتزوج بزوج آخر، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز.

المسلم إذا تزوَّج مسلمة أو ذمية بغير شهود، أو بشهادة من لا شهادة له، فإنه لا يجوز النكاح، والذِّمِّي إذا تزوج ذمية بغير شهود أو بشهادة من لا شهادة له، وذلك في دينهم نكاح، فإنه يجوز، ولا يفرق بينهما وإن أسلما، وقال زفر: يفرق.

ولو أن الذمي طَلَّق امرأته ثلاثـًا، ثم قام عليها كقيامه قبل الطلاق قبل أن تتزوج بزوج آخر، وقبل أن يُجَدِّدَ عقد النكاح عليها، أو خلع امرأته ثم قام عليها قبل تجديد النكاح، يفرق بينهما وإن لم يترافعا إلى القاضي، فلو طَلَّقها ثلاثـًا ثم جَدَّد عقد النكاح، غير أنها لم تتزوج بزوج آخر، فإنه لا يفرق بينهما.

---

(١) (وذلك في دينهم جائز، خُلي بينهم وبين ذلك؛ لأنه من دينهم، وليس هو بأشد من تركهم عبادة غير الله عز وجل)، المختصر ص ١٧٩.

(٢) في م (مطلقة). والمُعْتَدَّة -بضم الميم وفتح التاء-: من اعتَدَّت المرأة: إذا تلبثت بالعدة، (وعِدَّةُ المرأة، قيل: أيام أقرائها، مأخوذ من العَدِّ والحساب، وقيل: تَرَبُّصُها المُدَّةَ الواجب عليها): في وفاة زوجها: أربعة أشهر وعشرة أيام، وعلى طلاقها: ثلاث (حيضات، أو طهرات) إن لم تكن حاملاً، والحامل: بوضع حملها. المصباح (عدد).

[زواج الذمي بمَحَارمه]

ولو أن الذمي تَزَوَّج مَحَارمه، [أو أُمِّهِ]، أو ابنته، أو أخته، أو جمع بين خمسِ نسوة، فإن النكاح فاسد، ومع فساده لا يفرق القاضي بينهما في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف أنه قال: يفرق القاضي بينها إذا علم به وإن لم يترافعا إليه، ذكر قوله في كتاب الطلاق، ولو ترافعا يفرق [القاضي] بينهما بالإجماع.

ولو رفع أحدهما إلى القاضي، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ: لا يفرق بينهما(1)، وقال أبو يوسف: يفرق بينهما لترافعهما، وهو قول محمد.

[إسلام أحد الزوجين الذِّمِّيَّيْن]

ولو أسلم أحدهما إن كان بحال يجوز استئناف العقد عليهما، فإنه لا يفسد النكاح: كنصرانيّ تزوَّج نصرانية ثم أسلم الزوج، وكذلك اليهودي تزوج بيهودية ثم أسلم الزوج.

ولو كان بحال لو استأنف النكاح لا يجوز، (فإنه يعرض الإسلام على الباقي

---

(١) (يحتج لأبي حنيفة في ذلك بقول الله تعالىٰ: ﴿فَإِن جَآءُوكَ فَٱحۡكُم بَيۡنَهُمۡ أَوۡ أَعۡرِضۡ عَنۡهُمۡۖ﴾ [المائدة: ٤٢].

وأيضـاً: فإنا أعطيناهم العهد على أن نخلِّيَهم وشرائعهم وأحكامهم، ما لم يكن فيه فساد على أهل الإسلام.

والدليل عليه: أنهم يخلَّوْن وعبادة غير الله، وصلواتهم في بِيَعِهم، وكَنَائِسِهم، وهذا كله كُفْر وضلال، وقد أُقِرُّوا عليه، فكذلك نكاح ذوات المحارم، ليس بأعظم من ذلك.

وأيضـاً، فإنه معلوم (إقرار النبي صلىٰ الله عليه وسلم قومـاً من النصارىٰ واليهود في دار الإسلام على ذمة)، وقد كان يعلم لا محالة أنهم يستبيحون من مناكحاتهم كثيراً مما هو محظور في شريعة الإسلام، فلم يعترض عليهم في شيء منها، فدلَّ على أنهم مُقَرُّوْن عليها، ما لم يرتفعوا إلينا). شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٣٤٥، ٣٤٦.

منهما، كالنصرانية إذا أسلمت)[١]، فإنه يعرض الإسلام على الزوج، فإن أَسلَم وإلا فُرِّقَ بينهما، وكذلك المجوسي إذا تزوج مجوسية ثم أسلم أحدهما، فإنه يعرض الإسلام على الباقي منهما، فإن أسلم وإلا فُرِّق بينهما[٢]، [فإن كان دخل بها، فلها الصداق التي تزوّجها عليه، وإن لم يكن دخل بها، فلا صداق لها][٣].

ثم إن الإسلام إذا حصل من جهتها، فسبب الفُرْقَةِ حصل من جهتها، وإن حصل من جهة الزوج، فسبب الفرقة حصل من جهة الزوج، فسبب الفرقة حصل من جهته.

[رِدَّة أحد الزوجين]

ولو ارتد أحد الزوجين [والعياذ بالله تعالىٰ]، وقعت الفرقة بنفس الرِّدَّةِ[٤]، ثم الردة [وإباء] الإسلام إن حصل من جهتها، فهو فسخ في قولهم جميعاً.

وإن كان من جهة الزوج فكلاهما فسخ في قول أبي يوسف، وفي قول محمد: كلاهما طلاق، وفي قول أبي حنيفة: الرِّدَّةُ فسخ، وإباء الزوج الإسلام طلاق.

ولو ارْتَدَّا معـاً ولَحِقَا بدار الحرب، [فهما على النكاح عندنا[٥]، وعند زفر: بطل النكاح، وإن أسلما معـاً فهما على النكاح عندنا أيضًا، ولو ارتدا معـاً، ثم لحق أحدهما بدار الحرب، وقعت الفُرقة من جهته.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.
(٢) (وإنما لم يُقَرَّا على النكاح؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١]، وهي مشركة لا يجوز وطؤها، ويدلّك عليه: أن ابتداء العقد عليها، لا يصح في هذه الحال)، كما قال الجصاص في الشرح ٤/ ٣٥٠.
(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص١٧٩.
(٤) (وذلك لأن الرِّدَّة سبب موجب للتحريم، حادث على العقد، والدليل على ذلك: أنها تمنع استئناف العقد عليها، فوجب أن تقع الفرقة عقيبها، كالرضاع)، الشرح ٤/ ٣٥٨.
(٥) انظر: شرح المختصر ٤/ ٣٥٩.

[إِسْلامُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ الحَرْبِيَّيْنِ أَو المُسْتَأْمِنَيْن]

ولو أن الحربي تزوّج حربيّة][١]، ثم أسلم أحدهما في دار الحرب، فإن الفرقة لا تقع بنفس الإسلام ما لم تَحِض المرأة ثلاث حِيَضٍ إن كانت ممن تحيض، وإن كانت ممن لا تحيض فثلاثة أشهر، فإن أسلم الباقي منهما في هذه المدة فهما على النكاح، وإلاّ فقد وقعت الفرقة بينهما عند مضي المدة.

ثم المرأة إن كانت هي المسلمة، فهي كالمهاجرة، ولا عدة عليها بعد ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وفي قول أبي يوسف ومحمد: عليها العدة بعد وقوع الفرقة بثلاث حِيَضٍ، وإن كان المسلم هو الزوج، فلا عدة عليها بالإجماع، هذا [إذا] أسلم أحدهما.

[٢٢٢-أ] فأما إذا أسلما جميعاً /معاً في دار الحرب، أو صارا ذِمِّيَّيْن، أو خرجا مُسْتَأْمِنِيْنْ أو سُبيا معاً، فالنكاح على حاله، ولو سبي أحدهما، أو خرج أحدهما مسلماً أو ذمياً، وقعت الفرقة؛ لأن المسبيّة لا عدة عليها، وكذلك المهاجرة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وفي قولهما: عليها العدة[٢].

ولو خرج أحدهما مستأمناً، لا يفسد النكاح.

[الذِّمِّيُّ تزوّج ذمية على خَمْر]

قال: (**والذمي إذا تزوج ذمية على خمر أو خنزير بأعيانهما، ثم أسلما أو أسلم أحدهما**)[٣]، إن كان بعد القبض، فلها ذلك المقبوض بالإجماع؛ لأن الإسلام ورد والحرام مقبوض، والإسلام يلاقي الحرمة الفائتة بالعفو، [والقائمة] بالرَّدِّ.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من م.
(٢) انظر: شرح المختصر ٤/ ٣٦٠.
(٣) مختصر الطحاوي ص ١٨١.

وإن كان قبل القبض إن كانا بأعيانهما، فليس لهما إلا ذلك، وإن كانا بغير أعيانهما ففي الخمر تجب القيمة، وفي الخنزير يجب مهر المثل استحساناً، والقياس أن تجب القيمة[1] فيهما، وهذا قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف: يجب مهر المثل سواء كانا بأعيانهما أو بغير أعيانهما، وفي قول محمد: تجب القيمة فيهما جميعاً[2].

[الحربي يتزوَّج أختين ثم يُسْلِمُ]

[قال]: الحربي إذا تزوّج أختين ثم أسلم: إن تزوجهما في عقدة واحدة يفرق بينه وبينهما، وإن تزوجهما في عقدتين، فنكاح الأولىٰ جائز ونكاح الأخرىٰ باطل، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي قول محمد: [يخيّر] بينهما جميعاً[3].

وكذلك لو تزوج أكثر من أربع نسوة، فهو على هذا الاختلاف.

ولو تزوج أُمًّا وابنَةً، كذلك الجواب على قول أبي حنيفة وأبي يوسف: إن تزوجهما جميعاً معاً فنكاحهما باطل، وإن تزوجهما متفرقاً فنكاح الأولىٰ منهما جائز، ونكاح الأخرىٰ فاسد، وفي قول محمد: نكاح البنت هو الجائز، سواء تزوجهما في عقدة واحدة أو في عقدتين، ونكاح الأخرىٰ[4] باطل.

وهذا إذا لم يكن دخل بواحدة منهما، ولو أنه دخل بهما جميعاً، فنكاحهما باطل في قولهم جميعاً.

ولو كان دخل بإحداهما، فإن كان دخل بالأولىٰ ثم تزوج الثانية، فنكاح الأولىٰ جائز، ونكاح الثانية باطل بالاتفاق؛ (لأن مجرد الدخول يوجب التحريم

---

(١) في م (أن تجب القيمة كما في الخمر).

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٣٦٥، ٣٦٦.

(٣) مختصر الطحاوي ص١٨٠.

(٤) في م (ونكاح الأم باطل).

أيهما ما كان، ولو لم يدخل بالأولىٰ ولكن دخل بالثانية، فإن كانت الأولىٰ بنتاً والثانية أماً، فنكاحهما باطل بالاتفاق)[1]؛ لأن نكاح البنت أوجب تحريم الأم، والدخول بالأم أوجب تحريم البنت.

ولو تزوج الأم أولاً ولم يدخل بها، ثم تزوج البنت ودخل بها، فإن في قول أبي حنيفة وأبي يوسف: نكاحهما جميعاً باطل، إلا أنه يحل له أن يتزوج البنت ولا يحل له أن يتزوج الأم، وأما في قول محمد فنكاح البنت هو الجائز، وقد دخل بها وهي امرأته، ونكاح الأم باطل.

[نكاح المُتْعَةِ والشِّغَارِ والمُحْرِم]

قال: (**ونكاح المتعة غير جائز: وهو أن يتزوجها مدة معلومة**)[2]، كما إذا قال: تزوجتك سنة بكذا[3]، وفي قول زفر: النكاح جائز والشرط باطل، وروي عن الحسن بن زياد أنه قال: إذا ذكر من المدة مما لا يعيشان إلى تلك المدة في الغالب، فإنه يجوز النكاح كأنه ذكر الأبد.

---

(١) ووَضَّح ذلك الطحاوي بقوله: (وقال محمد: مخير فيهما، فيمسك إحداهما ويفارق الأخرىٰ، ولا فرق عنده في ذلك بين تزويجه إياهما في عقد واحدة، أو في عقدتين مختلفتين)، مختصر الطحاوي ص١٨٠.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٨٠.

(٣) وقال الجصاص: (المتعة المتَّفَق عليها، أن يقول: أعطيتكِ كذا على أن أتَمَتَّع فيكِ يوماً، أو نحو ذلك، وهذا لا خلاف بين الفقهاء في فساده.

وقد روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم النهي عنها في أخبار مستفيضة شائعة، وأنه حرّمها بعد أن كان أباحها [كما قال سبرة رضي الله عنه: (أمرنا رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم بالمتعة عام الفتح حين دخلنا مكة، ثم لم نخرج حتى نهانا عنها) رواه مسلم (١٤٠٦)].

ويدل على تحريمها: قول الله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَـٰفِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُمْ﴾ [المؤمنون: ٥، ٦].

فحَظَر الوطءَ إلا من أحد الوجهين، والمتعة خارجة عنهما)، ٤/ ٣٦٧.

قال: ولا يصلح الشِّغَار، وتفسيره: أن يُزَوِّجَ كُلُّ واحد من الرجلين صاحِبَه أَمَّه أو ابْنَتَه، على أن يكون بضع كل واحد منهما صداق الأخرىٰ[١]، فإن النكاح جائز، ويجب لكل واحدة منهما صداق مثلها[٢].

قال: (ولا بأس للمُحْرِمِ أن يتزوج، وكذلك المُحْرِمَة إلا أنه لا يدخل بها زوجها ما لم يحل، وهذا عندنا، وقال الشافعي: لا يجوز النكاح)[٣].

[فَسْخُ النِّكَاحِ بِالعُيُوْبِ]

قال: (ولا يفسخ النكاح بين الرجل والمرأة بجنون في أحدهما)[٤].

اعلم بأن النكاح لا يثبت فيه: خيار الرؤية، ولا خيار العيب، ولا خيار الشرط،

(١) وفي المختصر بعبارة أوضح: (ولا يصح الشِّغار: وهو أن يزوِّج كل واحد من رجلين صاحبه وليَّته، أو أمته، على أن لا صداق لكل واحد منهما غير بضع الأخرىٰ، فإن وقع النكاح، جاز العقد، ولم يجز الشاغر المعقود عليه، وكان لكل واحدة من المرأتين صداق مثلها على الرجل الذي تزَوَّجها)، ص١٨١.

(٢) ونكاح الشِّغَار -كما عرف بالشروط الفاسدة- (فإن كَلّ واحد منها لا تأثير له في فساد العقد، وجب أن يجوز العقد)، كما قال ذلك الجصاص في تعليل صِحَّة عقد النكاح مع شروط الشِّغَار، وقال أيضاً: (وعقد النكاح لا تُفْسِدُه الشروط، ولا فساد البدل، ولا عدمه ...)، كما أنه (لو تزوّجها على أن لا مهر لها، كان لها المهرُ، وجاز النكاح، وبطل الشرط)، ومن ثَمَّ وجب أن يجوز العقد. ٤/ ٣٦١، ٣٦٢.

وأما عند الأئمة الثلاثة: نكاح الشغار باطل. انظر: التفريع ٢/ ٤٨؛ الكافي ص٢٣٧؛ المعونة ٢/ ٧٥٧؛ المهذب ٤/ ١٥٨؛ المنهاج (مع مغني المحتاج) ٣/ ١٤٢؛ المغني لابن قدامة ١٠/ ٤٢ (هجر)؛ الروض المربع ص٥٠٧ (الرسالة).

(٣) ما بين القوسين ساقطة من م. مختصر الطحاوي ص١٨١.

وقال النووي: (وإحرام أحد العاقدين أو الزوجة يمنع صحة النكاح)، المنهاج ص٣٧٧، وهو قول مالك وأحمد رحمهم الله تعالىٰ، كما في رحمة الأمة ص٢٢٠.

(٤) مختصر الطحاوي ص١٨١.

سواء جعل الخيار للزوج أو للمرأة، أو لهما جميعـاً، ثلاثة أيام أو أقل أو أكثر، فالنكاح جائز، والشرط باطل.

وكذلك العيب إذا كان بالمرأة مثل الرَّتْق، والقَرْن[١]، والجُذَام، والبَرَص[٢] ونحوهما، لا يمكن الزوج المقام معها، فإنه لا خيار للزوج عندنا[٣]، وعند / [٢٢٢-ب]

(١) أصل الرتق: الفتق، وارتتق أي: التأم، والرَّتَق -بالتحريك-: مصدر قولك: امرأة رتقاء، بَيِّنة الرتق: لا يستطاع جِمَاعها؛ لارتقاق ذلك منها.

والقَرْن: العضلة الصغيرة في الفرج، والْعَفَل والعفلة -بالتحريك فيهما-: شيء يخرج من قبل المرأة، فهي عفلاء. انظر: النظم المستعذب ٢/ ٤٨.

(٢) الجُذّام -بضم الجيم-: من جَذَمه جذماً: قطعه، فهو مجذوم.

والجُذَام: داء تتأكَّلُ منها الأعضاء وتتساقط، وتتهافت منه الأطراف، ويتناثر اللحم من شدّة التقيح.

والبَرَص -بفتح الباء والراء-: من بَرِص بَرَصًا: ظهر في جسمه البرص، والبرص: بياض يحدث في الجسد لعلة قشراً أبيض، ويسبب للمريض حَكًّا مؤلماً. انظر: المعجم الوسيط؛ معجم لغة الفقهاء (برص، جذم).

(٣) الحديث في فسخ عقد النكاح، إذا كان بأحد الزوجين عيب من العيوب المؤثِّرة في النكاح:

فإذا كان العيب بالمرأة، فإنه (لا يفسخ النكاح بعيب في المرأة في قول أصحابنا جميعـاً)، كما ذكر الجصاص.

وأمَّا إذا كان ذلك بالرجل، فلا خيار لها أيضـاً، إلّا فيما يمنع الوطء، مثل: العُنَّة، والجَبّ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: إذا كان به داء لا يمكنها المُقام معه، مثل: الجُذام ونحوه، خُيِّرت)، كما في شرح الجصاص ٤/ ٣٧٤.

وقال القدوري: (وقال محمد: لها الخيار [إن كان بالزوج جنون أو جذام]، فإن كان عِنِّيناً، أجَّله الحاكم حولاً)، مختصر القدوري ص٣٥٠، كما يُوضح في الكتاب.

وقال الجصاص في معرض توجيه ذلك: (وليس وجوب خيار امرأة العِنِّين والمجبوب، متعلقاً بعدم الوطء، وإنما وَجَبَ؛ لأن عقدَ النكاح يقتضي تسليم كل واحدٍ من البَدَلين اللّذين تناولهما عقد النكاح، الذي وَقَع له. =

الشافعي: الزوج بالخيار إن شاء رضي به، وإن شاء فسخ العقد، ولا يلزمه المهر إلا إذا دخل بها[١].

فإن كان العيب بالرجل، فإنه لا ينفسخ النكاح أيضاً، ولا خيار للمرأة إلاَّ إذا كان العيب: هو الجَبُّ، والعُنَّة، والخَصِيُّ، فإن المرأة بالخيار على ما نذكره في موضعه بعد هذا، وهذا قول أبي حنيفة[٢]، وقال محمد: إذا كان العيب بالرجل: وهو عيب لا يمكنه الوصول إلى زوجته، كان للمرأة الخيار، إلاّ أنه ينظر: إن كان العيب كالجنون الحادث، والمرض ونحوه، فهذا والعُنَّة سواء، [ينتظر حَوْلاً]، وإن كان العيب كالجنون الأصلي، أو مرض لا يرجىٰ بُرْؤُه، فهذا والجَبّ سواء، تخير للحال.

[المهر إذا ماتت المرأة قبل الدخول]

قال: ومن تزوج امرأة فماتت، أو قتلت نفسها قبل الدخول بها، فإنه يجب على الزوج كمال المهر، وبمثله لو زَوَّج [أمته][٣] من رجل، ثم قتلها قبل أن يدخل بها، فإن المهر يسقط في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: لا يسقط ولو أن [الأمة][٤] قتلت نفسها.

وروىٰ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: أنه يسقط المهر أيضاً؛ لأن جناية الأمة محمولة على السيد، فكأنّ السيد هو الذي فعل، وعندهما: لا يسقط.

= فكما استحقَّ الزوج عليها أن تُسلِّم نفسها تسليماً صحيحاً، استحقَّت هي عليه تصحيح البدل لها: وهو المهر، وهي لا تستحقه استحقاقاً صحيحاً إلا بالوطء ...، فلما كان كذلك، وجب لها الخيار في فسخ العقد؛ إذا لم يسلم لها بدل ما تعلقت به صحة العقد من جهتها). شرح المختصر ٤/ ٣٧٣، ٣٧٤.

(١) انظر: المهذب ٤/ ١٦٥؛ المنهاج ص ٣٩٠.

(٢) وفي مختصر القدوري: ذكر أبو يوسف مع أبي حنيفة، كذا في شرح الجصاص.

(٣) في أ، ج (ابنته) والمثبت من م، والسياق يدل عليه.

(٤) في أ، ج (والمرأة) والمثبت من م، والسياق يدل عليه.

باب أَجَل العِنِّين(١) والخَصِي(٢) والمَجْبُوب(٣) والخُنْثَىٰ(٤)

قال رضي الله تعالىٰ عنه: المرأة إذا وجدت زوجها عِنِّينًا وَادَّعَتْ: أنه لا يصل إليها، فإنه ينظر: إن كانت المرأة عالمة وقت النكاح أن الزوج عِنِّين، فلا خيار لها، كالمشتري إن كان عالمًا بالعيب وقت العقد، وإن لم تكن عالمة فلها الخيار، وخيارها لا يبطل بالسكوت وبالمقام معه، ومتىٰ رفعت إلى الحاكم وطلبت الفرقة، فإن القاضي يؤجلها سنة من وقت الخصومة، وتعتبر سنة قمرية بالأَهِلَّة في ظاهر الرواية(٥).

---

(١) العُنَّة: من عُنَّ الرجل عُنَّةً، ورَجُل عِنِّين: لا يقدر على إتيان النساء، أو لا يشتهي النساء)، كما في المصباح (عَنَّ).

أي: (عجز عن الجماع لمرض يصيبه، فهو معنون، وعَنين، وعِنِّين)، كما في المعجم الوسيط (عَنَّ).

(٢) الخَصيُّ: من خَصاه خَصْيًا وخِصَاءً -بالكسر والمد-: سَلَّ خصيتيه ونزعهما، فهو خَصِيٌّ [والخصية: البيضة من أعضاء التناسل]، وَالخَصِيّ فعيل بمعنىٰ مفعول: من ذهبت خصيتاه بقطع أو نحوه، ومنه: خصيت الفرس: قطعت ذكره، فهو مَخْصِيّ. انظر: المصدرين السابقين (خصي).

(٣) الجَبُّ -بفتح الجيم-: من جَبَّ الشيء: قطعه، يقال: جَبَّ الخَصْية: استأصلها.

ومنه: (المجبوب بيِّن الجِباب -بالكسر-: إذا استؤصلت مذاكيره)(ذكره وخُصْياه)، أي: قطع العضو التناسلي من الذكر. انظر: المصباح؛ المعجم الوسيط؛ معجم لغة الفقهاء (جب).

(٤) والخُنثىٰ: مِن خَنِث الرجل خَنَثًا، فهو خَنِثٌ: إذا كان فيه لِيْنٌ وتَكَسُّرٌ.

(والخنثىٰ الذي خلق له فرج الرجل، وفرج المرأة)، أو الذي يبول من ثقب وليس له آلة ذكر، ولا آلة أنثىٰ. انظر: المصباح؛ معجم لغة الفقهاء (خنث).

(٥) مختصر الطحاوي ص١٨٢، ١٨٣. (رُوي تأجيل العِنِّين سنة: عن عَلِي، وعمر، والمغيرة بن شعبة، وعامة التابعين، وذلك من يوم رَافَعَته)، كما قال الجصاص، وقال أيضـًا: (ولا نعلم خلافـًا عن السلف في تأجيل العنين، أو أن عَجْزَه عن الوطء في المدة، يوجب للمرأة الخيار في فراقه). شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٣٨٤.

وروىٰ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنه قال: تعتبر سنة شمسية، وهي تزيد على السنة القمرية بأيّام[١]، فإذا مضىٰ حول وأمكنه الوصول إليها بطل خيارها، وإن لم يمكن الوصول إليها يُخَيِّرها الحاكم: فإن شاءت اختارت الفُرْقَةَ، وإن شاءت اختارت الزوج، ولا يقتصر على المجلس في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف ومحمد رحمة الله تعالىٰ عليهما أنهما قالا: يقتصر ذلك على المجلس كخيار الرؤية[٢]؛ لأن تخيير القاضي إياها كتخيير الزوج، فإن اختارت نفسها وقعت الفُرْقَة.

وروىٰ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال: لا تقع الفرقة ما لم يقل القاضي: فَرَّقْتُ بينكما، وجعله بمنزلة خيار المدركة.

هذا إذا تصادقا بأن الزوج لم يصل إليها في الحول، وأما إذا اختلفا فادَّعىٰ الزوج الوصول إليها وأنكرت المرأة، فإن كانت المرأة بكراً نظرن إليها النساء، والواحدة العدل تكفي، [والثنتان][٣] أفضل، فإن قلن: هي بكر، فالقول: قول المرأة من غير يمين؛ لأن شهادتهن تَقَوَّتْ بالأصل: وهي البكارة، فإن قلن: هي ثيب، فالقول: قول الزوج مع يمينه، (أنّه وصل إليها، وتتقوىٰ شهادتهن بيمين الزوج.

وإن كانت المرأة ثيبـاً في الأصل، فالقول قول الزوج مع اليمين)[٤]؛ لأن الزوج وإن كان مُدَّعيـاً للدخول فهو في الحقيقة مُنْكِر، والقول قول المُنْكِرِ مع يمينه.

---

(١) (السَّنَة -بفتح السين والنون- جمعها: سنوات وسنون.

والسنة القمرية: هي المعتمدة في التقديرات الشرعية، ومقدارها (٣٥٤ وسدس) يومـاً (ثلاثمائة وأربعة وخمسون يومـاً، وسدس اليوم)، وتبدأ بشهر المحرم.

وأما السنة الشمسية، فمقدارها: (٣٦٥ وربع) يومـاً، (ثلاثمائة وخمسة وستون ويومـاً، وربع اليوم) وتبدأ بشهر كانون الثاني (يناير). معجم لغة الفقهاء الفقهاء (السَّنَة).

(٢) في م (المخيرة).

(٣) في أ (والبينتان) والمثبت من م.

(٤) ما بين القوسين ساقطة من م.

وإن وقع للنساء شَكٌّ في أمرها، فإنها تمتحن، قال بعضهم: تؤمر بأن تبول على الجدار، فإن أمكنها أن ترمي بولها على الجدار فهي بِكْرٌ، وإلاَّ فهي ثيب، وقال بعضهم: تمتحن ببيضة الديك، فإن وسع فيها فهي ثيب، وإلاّ فهي بكر.

وإن اختارت المرأة الفرقة: تكون تطليقة بائنة عندنا، ويجب على الزوج المهر، وعليها العدة[1]. وعند الشافعي: يكون فسخاً، ولا عدة عليها، ولا مهر عليه[2].

ولو وجدت زوجها خَصِيًّا فكذلك الجواب: وهو الذي أخرجت انثياه وبقي الذكر، فهو والعِنِّين سواء، وإن وجدت زوجها مجبوبـاً: وهو الذي قطع/ ذكره، [٢٢٣-أ] فإن كانت عالمة بذلك وقت النكاح، فلا خيار لها، وإن لم تكن عالمة بذلك، فإنها تخير للحال، ولا ينتظر حولاً؛ لأنها لا فائدة في الانتظار، لأنه بعد الجَبِّ لا يثبت، ولها كمال المهر، وعليها العدة بكمالها إذا خلا بها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وعند أبي يوسف ومحمد: يجب نصف المهر، ويجب كمال العدة.

وإن كان لم يَخْلُ بها، فلا عدة عليها، ولها نصف المهر في قولهم جميعـاً.

هذا إذا كان الزوج عاقلاً بالغـاً، وإن كان غير بالغ فإن كان مجبوبـاً والمرأة كبيرة تخير للحال؛ لأنه لا فائدة في الانتظار، وإن وجدته عِنِّيْنـاً فإنه ينتظر حتى يدرك، فإذا أدرك ينتظر بعد ذلك حَوْلاً، ثم يخير بعد الحول.

---

(١) وذلك باعتبار: أن لا خيار لأحد الطرفين، ويكون لها كمال المهر إن كان قد خلا بها. كما في متن القدوري ص ٣٥١.

(٢) وذلك إن فسخ قبل الدخول، يسقط المهر، وإن كان الفسخ بعد الدخول، سقط المسمَّىٰ، ووجب مهر المثل؛ لأنه يستند الفسخ إلى سبب قبل العقد، فيصير الوطء كالحاصل في نكاح فاسد، فوجب مهر المثل. وهو الصحيح المنصوص كما قال النووي. انظر: المنهاج ص ٣٩١؛ المهذب ٤/ ١٦٧؛ الروضة ٧/ ١٨٠.

وإن كان كبيراً وهو [مجنون][(١)] فوجدته عنيناً، فإنه ينتظر حولاً [كاملاً]، ولا ينتظر إلى البرؤ بخلاف الصَّبِيِّ؛ لأن الصِّغَر علة مانعة عن الوصول إليها، فربما لا يمكنه الوصول إليها بعلة الصغر، [ويستأنىٰ] حتى يزول الصغر ثم ينتظر حولاً، والجنون ليس بِعِلَّةٍ مانِعَةٍ عن الجماع؛ لأن المجنون يجامع كغير المجنون؛ فلذلك افترقا.

فإن وجدت زوجها خنثىٰ، فإن حكمه حكم العنين، وهذا إذا لم يجامعها مرة، ولو أنه جامعها مرة ثم عجز، فإنه لا خيار لها، ولو كان العنين يصل إلى غيرها ولا يصل إليها، فإن ذلك لا يبطل حقها[(٢)].

[والله سبحانه وتعالىٰ أعلم بالصواب].

---

(١) في أ، ج (مجيوب) والمثبت من م.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٣٧٣ - ٣٧٥، ٣٨٤ وما بعدها.

باب الأَصْدِقَة[١]

[مَهْرُ المِثْلِ]

وإذا تَزَوَّجَ الرجلُ امرأةً ولم يُسَمِّ لها مهراً، أو تزوَّجها على أن لا مهر لها، أو تزوجها على ما ليس بمال كالميتة والدم، وهما مسلمان، فالنكاح جائز، ولها مثل مهر نسائها، ونساؤها: أخواتها لأبيها، وعماتها، وبنات أعمامها في بلدها على حسنها، ومالها، وجمالها؛ لأن أصدقة البلدان مختلفة، وقد يُزَاد المهر لزيادة المال والجمال، فيعتبر مثلها في المال والجمال، ولا يعتبر مهر أمها، ولا مهر خالتها، إلا أن تكون من عشيرتها ومن بنات أعمام أبيها[٢].

فإن طلقها بعد الدخول بها، أو بعد الخلوة، أو مات الزوج، أو ماتت هي، فلها مهر المثل.

[مُتْعَة المُطَلَّقة]

(وإن طلقها قبل الدخول بها، فلها المُتْعَة[٣]، والمتعة: ثلاثة أثواب: درع،

---

(١) الصَّداق -بفتح الصاد وكسرها، والكسر أفصح-: صداق المرأة، وجمعه صُدُق، والأصْدِقة قياس لا سماع، وأصدقها: سَمَّىٰ لها الصداق: وهو اسم لما تستحقه المرأة بدلًا من النكاح، ويسمىٰ في العرف: مهراً وصَداقـًا، أو ما يسمىٰ للمرأة من المال في عقد النكاح، أو بعده، وله سبعة أسماء: الصَّداق، النحلة، الأجرة، الفريضة، المهر، العليقة، العقد. انظر: المغرب (صدق)؛ معجم المصطلحات المالية (صداق)؛ الروضة ٧/ ٢٤٩.

(٢) وتكملة عبارة الطحاوي: (ولا ينظر في ذلك إلى نسائها من غير أهل بلدها، إنما ينظر إلى نسائها من أهل بلدها؛ لأن أصدقة البلدان مختلفة)، ص ١٨٤.

(٣) والمتعة من متع: كل ما ينتفع به، ومنه متعة الطلاق: وهي كسوة يرسلها الزوج لمطلقته بعد الطلاق، وكل ذلك إذا تزوجها ولم يسمِّ لها مهراً، كما ذكر في البداية.

وخمار، وملحفة)[1] على اعتبار حالها، فإن كانت سفلة فمن الكرباس، وإن كانت وسطاً فمن القَزِّ، وإن كانت مرتفعة الحال فمن الإبريسم[2].

ولو فرض القاضي لها مهراً، أو فرض الزوج بعد العقد، ففي حال التأكد يتأكد كما يتأكد مهر المثل، ولو طَلَّقَها قبل الدخول بها تجب المتعة، ولا ينتصف المفروض في قول أبي حنيفة ومحمد، وفي قول أبي يوسف: ينتصف المفروض كالمفروض عند العقد.

وأما المسمىٰ في العقد فلا يجوز أقل من عشرة دراهم [عندنا، وعند الشافعي: يجوز قليلاً كان أو كثيراً][3]، فإذا سمىٰ أقل من عشرة تبلغ إلى تمام العشرة؛ لأن المهر لا يكون أقل من عشرة[4]، فذكر بعضه كذكر كله، وهذا عند علمائنا الثلاثة، وفي قول زفر: إذا سَمّىٰ أقل من عشرة فلها [مهر] المثل؛ لأنه تسمية فاسدة، فصار

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٨٤.

(٢) (والإِبْرَيْسَمُ -بكسر الهمزة والراء، وفتح السين- معرب، وفيه لغات: (أجود أنواع الحرير، أو الحرير المنقوض قبل أن تخرج الدودة من الشرنقة). انظر: المصباح؛ مختار الصحاح؛ معجم لغة الفقهاء (برسام).

(٣) ويجوز أن يكون قليلًا؛ لقوله صلىٰ الله عليه وسلم: (التمس ولو خاتماً من حديد) متفق عليه، ويجوز أن يكون كثيراً؛ لقوله سبحانه وتعالىٰ: ﴿وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا﴾ [النساء: ٢٠]. انظر: المهذب ٤/ ١٩٤.

(٤) (لقول الله تعالىٰ: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤]، فأباح عقد النكاح بشرط أن يكون البدل أموالاً، وما دون العشرة، لا يتناوله اسم الأموال.

ومن جهة السنة: ما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (لا مهر دون عشرة دراهم).

وأيضاً: روي عن عليٍّ رضي الله عنه من قوله: (لا صداق أقل من عشرة دراهم) [الدارقطني ٣/ ٢٤٥، وقال ابن حجر: (أخرجه الدارقطني من وجهين ضعيفين)، الدراية ٢/ ٦٣]، وهذا عندنا لم يَقُلْهُ إلاّ توقيفاً؛ لأن هذا الضرب من المقادير، لا سبيل إلى إثباته من طريق الاجتهاد والمقاييس، وإنما طريقها التوقيف؛ لأنها من الأمور المبتدأة التي هي حقوق لله تعالىٰ). شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٣٩٨، ٣٩٩.

كتسمية الخمر والخنزير.

ولو زاد المهر بعد المسمَّىٰ، ففي حال التأكد يتأكد، وفي حال التنصيف لا يتنصف، ولكن يتنصف الأصل دون الزيادة، وفي قول أبي يوسف الأول: تتنصف الزيادة مع الأصل.

[الاختلاف بين الزوجين في المهر]

قال: وإذا وقع الاختلاف بين الزوجين، فهذا لا يخلو: إما أن يكون في حال قيام النكاح بعد الدخول بها، أو وقع الاختلاف قبل الدخول بها، أو بعد الفُرْقَةِ بعد الدخول، أو بعد الخلوة، أو بعد الفُرْقَةِ قبل الدخول بها، أو وقع الاختلاف بعد موت أحدهما، أو وقع الاختلاف بين الوريثين بعد موتهما:

أما إذا وقع الاختلاف في حال قيام النكاح، أو بعد الفُرْقَةِ بعد الدخول، أو بعد موت أحدهما، فإن [القول]: قول المرأة إلى تمام مهر مثلها أو ورثتها / ، والقول: قول الزوج أو ورثته في الزيادة في قول أبي حنيفة ومحمد[1]. [٢٢٣-ب]

وصورة الاختلاف أن يقول الزوج: تزوجتكِ على ألف درهم، والمرأة تقول: تزوجتني على ألفين، فإن كان مهر مثلها ألفين أو أكثر، فالقول: قول المرأة مع يمينها: بالله ما رضيت بألف، فإن حَلَفَتْ أخذت ألفين، وإن نَكَلَتْ عن اليمين أخذت ألفًا، وإن كان مهر مثلها ألفًا أو أقل، فالقول: قول الزوج مع يمينه: بالله ما تزوّجتُها على ألفين، فإن حلف، فلها الألف، وإن نكل عن اليمين، لزمه ألفان.

وإنما جعلنا القول: قول الزوج هاهنا؛ لأنها تَدَّعي [ألفين]، والزوج ينكر، وإنما جعلنا القول: قول المرأة إلى تمام مهر مثلها، ومهر مثلها قد أَقَرَّ به الزوج،

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٨٤، ١٨٥.

فلا فائدة في اعتبار قولها.

وإن كان مهر مثلها ألفاً وخمسمائة، فالقول: قولها إلى تمام مهر مثلها، والقول: قول الزوج في الزيادة على قدر مهر مثلها، ويجب التحالف في هذا الفصل: فيحلف الزوج أولاً: بالله ما تَزَوَّجها على ألفين، فإن نكل لزمه ألفان، وإن حلف، تحلف المرأة: بالله ما رضيت بألف، فإن نكلت أخذت ألفاً، وإن حلفت أخذت مهر مثلها، ولا ينفسخ النكاح عند علمائنا رحمهم الله تعالىٰ، وقال ابن أبي ليلىٰ: يفسخ النكاح، فإن كان قبل الدخول فلا شيء لها، وإن كان بعد الدخول، فلها مهر مثلها، وقاسه على البيع، وهذا كله قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: القول قول الزوج في الأحوال كلها، إلا أن يأتي بشيء مستنكر جداً، وتكلموا في المستنكر جداً: قال بعضهم: هو ما يستنكره الشرع: وهو أن يَدَّعِيَ أقل من عشرة دراهم؛ لأن هذا مما يستنكره الشرع، وقال بعضهم: هو أن يُسَمِّي أقل[1] من مهر مثلها؛ لأن هذا مما لا يستنكره العرف، هذا إذا وقع الاختلاف في التسمية.

ولو أنهما تصادقا على المهر: وهو عَيْنٌ كالعَرْضِ[2]، والعبد ونحوهما، فهلك عند الزوج ثم اختلفا في قيمته، فالقول: قول الزوج بالإجماع؛ لأن القيمة صارت ديناً عليه، والاختلاف إذا وقع في الدَّيْن، فالقول: قول من عليه الدين.

ولو وقع الاختلاف بعد الفُرْقَةِ قبل الدخول، فعلىٰ قول أبي يوسف: القول:

---

(١) في م (وهو أن يَدَّعي مهراً لا يزوّج عليه مثل هذه المرأة على ذلك المهر).
(٢) (والعَرْض -بوزن الفَلْس-: المتاع، وكل شيء عَرْض إلّا الدراهم والدنانير، فإنها عَيْن)، مختار الصحاح (عرض).

قول الزوج، وينتصف ما يقول الزوج، وكذلك ذكر في كتاب النكاح والطلاق، ولم يذكر الاختلاف فيه، وذكر الطحاوي: أنه ينتصف ما قاله الزوج.

ثم قال محمد: ينبغي أن يكون القول: قول المرأة إلى متعة مثلها، والقول قول الزوج في الزيادة على قياس قول أبي حنيفة، هكذا ذكر في الجامع الكبير، إلاّ أن الصحيح ما ذكر في سائر الكتب: أنه ينتصف ما يقول الزوج؛ وذلك لأنا نجعل القول قول المرأة إلى تمام مهر مثلها في الموضع الذي يعتبر مهر المثل، والطلاق قبل الدخول يسقط اعتبار مهر المثل، وقال بعضهم: الاختلاف إنما وقع في وضع المسألة، ووضع المسألة في كتاب النكاح والطلاق: على أن الزوج يَدَّعي ألفاً ونصفها خمسمائة، ومتعة مثلها لا تبلغ خمسمائة في الغالب، فلا اعتبار لقولها؛ لأن الزوج يُقِرُّلها بأكثر، ووضع المسألة في الجامع: أن مهر مثلها خمسون، والمرأة تدعي أنه تزوجها على مائة، والرجل يدعي أنه تزوّجها على عشرين، ومتعة مثلها ثلاثون، فنجعل القول: قول المرأة إلى تمام ثلاثين مع يمينها: بالله ما رضيت بعشرين، والقول قول الزوج في الزيادة: بالله ما تزوجها على مائة.

وإنما يحلف الزوج أولًا لما ذكرنا، فإذا [حلفا][1] تجب المتعة، فكذلك اختلف الجواب في الروايات.

ولو وقع الاختلاف بين ورثة المرأة وورثة الزوج في كون التسمية، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ: لا أقضي بشيء حتى تثبت البينة على أصل التسمية، وعلى قولهما: يقضي بمهر مثلها، فصار كأنه تزوجها ولم يسم لها / مهراً ثم ماتا[2]. [٢٢٤-أ]

ولو اختلفا في القدر فالقول: قول [الزوج في قول أبي حنيفة، وعلى قول أبي يوسف: القول: قول] ورثة الزوج، إلاّ أن يأتوا بشيء مستنكر جداً، وعلى قول

(١) في أ (اختلفا) والمثبت من م، ج.
(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١٨٥.

محمد رحمه الله تعالىٰ: القول قول ورثة المرأة إلى قدر مهر مثلها، [والقول: قول ورثة الزوج في الزيادة] كما في حالة الحياة.

[هِبَةُ المَرْأَةِ لِزَوْجِهَا من صَدَاقِهَا]

قال: (**وللمرأة أن تهب مالها على زوجها من صداق، دخل بها أو لم يدخل بها زوجها، وليس لأحد من أوليائها الاعتراض عليها [في ذلك]**)[(١)]؛ لأنها وهبت ملكها، وليس لأحد في عين المهر حق، فيجوز، بخلاف ما إذا زَوَّجت نفسها وقصرت عن مهر مثلها، فللأولياء حق التعرض على قول أبي حنيفة؛ لأن المهور من حق الأولياء، فقد تصرفت في خالص حقهم؛ ولأنها ألحقت العار والشَّنار بالأولياء، وقوله تعالى: ﴿أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧]: وهو الزوج عند علمائنا[(٢)].

وقال بعضهم: هو الولي[(٣)] حتى قالوا: إن للأب أن يهب مهر ابنته، ويجوز ذلك، وتمسكوا بظاهر الآية؛ لأن عقدة النكاح بيده.

إلا أنا نقول: إن الآية نزلت في الذي طَلَّقَهَا زوجها قبل الدخول بها، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، يعني: أن المرأة تترك الكل وتقول: إن الزوج لم يستمتع بي، فلا آخذ منه شيئًا، ﴿أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٨٦.

(٢) في المختصر (والذي بيده عقدة النكاح: وهو الزوج، لا الوَلِيُّ)، ص١٨٦.
(وروي عن علي، وابن عباس، وشريح، ومجاهد في آخرين: (أن الذي بيده عقدة النكاح: هو الزوج)، كما في شرح المختصر ٤/ ١٤١٨. انظر: السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧/ ٢٥١؛ تفسير الطبري ٢/ ٥٤٤.

(٣) (وقال بعضهم: هو ولي البكر الذي يملك تزويجها، وهو قول مالك)، كما في شرح المختصر؛ وفي تفسير القرطبي ٣/ ٢٠٧؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٣٢٧.

ٱلنِّكَاحِۚ ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، يعني: الزوج؛ لأن المهر وجب بالعقد.

قال الزوج: لا أنقص منه شيئاً بالطلاق قبل الدخول، والعفو يُراد منه الفضل، دليله قوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَيَسْـَٔلُونَكَ مَاذَا يُنفِقُونَ قُلِ ٱلْعَفْوَ ﴾ [البقرة: ٢١٩]، أي: الفضل(١).

وللمولىٰ أن يهب صداق [أمته](٢) من زوجها، وكذلك مدبرته وأم ولده؛ لأن المهر ملكه، فقد وهب ملك نفسه، فجاز، وأما المكاتبة فالمهر لها، فهبة الولي لا تصح، ولا يبرأ الزوج بدفعه إلى المولىٰ.

[حق قبض العاقلة الثَّيِّب مهرها]

ثم المرأة إذا كانت عاقلة ثيباً، فحق قبض المهر إليها، ويبرأ الزوج بدفعه إليها، وإن كانت بكراً فالقبض إلى الأب، أو إلى الجد في حال فوات الأب، ويبرأ الزوج بدفعه إليهما، إلا إذا نهت البكر من القبض للأب، فحينئذٍ ليس له حق القبض.

وأما وصِيُّها فليس إليه القبض، ولو سَلَّم إلى الوَصِيِّ لا يبرأ إلا إذا كانت المرأة صغيرة، فإنه يبرأ بتسليمه إلى الوصي، وأما ما سوىٰ الأب والجد من الأولياء، فليس لهم حق القبض، سواء كانت صغيرة أو كبيرة، إلا إذا كان الوليّ هو الوصِيّ، فله حق القبض إذا كانت صغيرة، كما يقبض سائر ديونها.

[خيار الرؤية في مهر مُعَيَّن]

قال: (**إذا تزوج الرجل امرأة على عبد أو جارية بعينها**)(٣)، فإنه لا يثبت لها خيار الرؤية؛ لأن النكاح لا ينفسخ بردِّه، فلو رجعت رجعت بعبد آخر، فلو ثبت

---

(١) انظر بالتفصيل: شرح مختصر الطحاوي ٤/٤١٨ - ٤٢٢.

(٢) في أ، ج (ابنته) والمثبت من م، والسياق يدل عليه.

(٣) مختصر الطحاوي ص١٨٦.

فيه خيار الرؤية فترده بعبد آخر، ثم ترجع بعبد آخر فيؤدي إلى ما لا نهاية له، وأحكام الله تعالى متناهية على العباد.

وكذلك هذا في الخلع، والعتق على مال، والصلح عن دم العمد، بخلاف البيع، فإنه يثبت فيه خيار الرؤية؛ لأن العقد ينفسخ برده فيفيد الرد.

[ظُهُوْرُ العَيْبِ فِي المَهْرِ المُعَيَّنِ]

وأما خيار العيب فإنه ينظر: إن كان عيب غير فاحش، فإنه لا يثبت فيه خيار الرد بالعيب، وإن كان فاحشاً فإنه يثبت فيه خيار الرَّدِّ[1]، وكذلك هذا في بدل الخلع والعتق على مال، والصلح عن دم العمد، بخلاف البيع، والإجارة، والصلح عن دعوىٰ مال، فإن في بدله يثبت الرد بالعيب اليسير والفاحش؛ لأن هناك ينفسخ العقد بَرَدِّهِ، وهاهنا لا ينفسخ فيقبض مثله.

ولعله يجد فيه عيباً يسيراً؛ لأن الأعيان لا تخلو عن عيب فيرده، ثم يقبض مثله فيؤدي إلى ما لا تناهي له.

وإذا تزوج الرجل امرأة على هذا العبد، فإذا هو حر، فلها مهر المثل عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: لها قيمته[2].

[الزواج على الخل فإذا هو خمر]

ولو كان عبداً ولو تزوجها على هذا الدَّنِّ من الخل، فإذا هو خمر، فعلىٰ قول أبي حنيفة كذلك الجواب، أما على قول أبي يوسف ومحمد: لها مثل ذلك الدَّنِّ

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٨٦؛ (وذلك لأن العيب إذا كان فاحشاً، فقد علمنا أنه يُستدرك بالرد حقًّا: وهو تمام قيمته صحيحاً). شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٤٢٢.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص١٨٦؛ (وذلك لأنه لا حَظَّ للتسمية مع التعيين)، الشرح ٤/ ٤٢٢.

٢٢٤-ب] من الخَلِّ، / فمحمد مع أبي حنيفة في العبد، ومع أبي يوسف في الخَلِّ.

والأصل عند أبي حنيفة ومحمد في هذه المسائل: أنه إذا وجدت التسمية والإشارة، فوقع الاختلاف بين المسمىٰ والمشار إليه، فإنه ينظر: إن كان الاختلاف اختلاف وصف، تعلق العقد بالمشار إليه، وإن كان الاختلاف اختلاف جنس، تعلق العقد بالمسمىٰ، وهذا هو أصلهم جميعاً في البيع إذا اشترىٰ فَصًّا على أنه ياقوت، فإذا هو زجاج، فالبيع باطل؛ لأن الاختلاف اختلاف جنس، فتعلق العقد بالمسمىٰ، والمسمىٰ لم يوجد، فبطل البيع.

وبمثله لو اشترىٰ عبداً على أنه كاتب، فإذا هو ليس بكاتب، فالبيع جائز، ويُخَيَّر المشتري؛ لأن الاختلاف بينهما اختلاف وصف، فتعلق العقد بالمشار إليه، وهو موجود، فجاز البيع، ولكنه يخير لفوات الوصف.

فتصور هاهنا عند أبي حنيفة: أن الاختلاف في المسألتين جميعاً اختلاف وصف، فتعلق العقد بالمشار إليه، وهو ليس بمال، فصار كأنَّه تزوجها على ما ليس بمال، فيجب مهر المثل.

وتصور عند محمد: أن الاختلاف بين العبد والحر اختلاف وصف، كما قال أبو حنيفة، فتعلق العقد بالمشار إليه، والاختلاف بين الخل والخمر اختلاف جنس، فتعلق الحكم بالمسمىٰ.

وأصل أبي يوسف في هذه [المسائل]: أنه يعتبر الحلال منهما، فإن كان المشار إليه حلالاً فلها ذلك، وإن كان لم يكن حلالاً، فتجب قيمة الحلال المسمىٰ به.

[زواج امرأتين على هذين العبدين فأحدهما حر]

ولو تزوج امرأتين على هذين العبدين، فإذا أحدهما حُرٌّ، فلها الباقي منهما في قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأن العقد يتعلق بالمشار إليه عندهما، وقد وجد من

المشار إليه ما يصلح أن يكون مهراً، فلها ذلك إلا عند محمد: إن كان مهر مثلها أكثر من العبد الباقي، فلها [إلى] تمام مهر مثلها، وإن لم يكن أكثر، فلها العبد الباقي [وعلى قول أبي يوسف: لها العبد] وقيمة العبد الآخر.

(ولو تزوجها على هذين الدَّنَّيْن من الخَلِّ، فإذا أحدهما خمر، فلها الباقي على قول أبي حنيفة، وعلى قولهما: لها الباقي مثل ذلك الدَّنِّ من الخل)[1].

[الزواج على هذه الذبيحة، فإذا هي ذبيحة مجوسي]

ولو تزوّجها على هذه المسلوخة، (أو)[2] على هذه الذبيحة، فإذا هي ذبيحة مَجُوسِيٍّ، أو متروك التسمية عامداً، أو ميتة، فلها مهر المثل في قول أبي حنيفة ومحمد، وفي قول أبي يوسف: لها قيمتها أن لو كانت ذكية.

ولو تزوجها على هاتين المسلوختين أو المذبوحتين، فإذا أحدهما ميتة فلها الباقية على قولهما، وعلى قول أبي يوسف: لها الباقية وقيمة الأخرى.

ولو تَزَوَّجَها على هذا الحُرِّ وأشار إليه، فإذا هو عبد، أو على هذه الميتة فإذا هي ذكية، فلها ذلك بالاتفاق.

أما على قول أبي حنيفة ومحمد: فلأن الحكم يتعلق بالمشار إليه، والمشار إليه مال، وكذلك على قول أبي يوسف؛ لأن الحكم يتعلق بالحلال، والمشار إليه حلال.

ولو تَزَوّجها على هذا الدَّنِّ من الخمر، فإذا هو خَلٌّ، فلها ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.
(٢) في م (أي).

أما على قول أبي حنيفة: فلأن الحكم يتعلق بالمشار إليه، وعند أبي يوسف: يتعلق بالحلال، أما على قول محمد: فلها مهر مثلها؛ لأن الاختلاف بينهما اختلاف جنس، فتعلق الحكم بالمسمىٰ، والمسمىٰ ليس بمال، فيجب مهر المثل.

[الزَّواجُ علىٰ وَصِيْفٍ أَبْيَض]

قال: (وإذا تزوج الرجل امرأة على وصيف[١] أبيض، كان جائزاً)[٢]، ويقع ذلك على الجيد؛ لأن الأبيض عندهم عبارة عن الجيد، ثم هذا لا يخلو: إما أن يتزوّجها على عبدٍ، أو أمة، ويذكر صفتهما، أولا يذكر، فإن ذكر الصفة جيداً، أو وسطاً، أو رديئاً، يقع على ذلك، ولو جاء بقيمة ذلك يجبر على القبول، ثم الجيد عندهم الرومي، والوسط السندي، والرديء الهندي.

أما عندنا: فالجيد هم التركي، والوسط الصقلابي[٣]، والرديء الهندي، ثم على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: الجيد قيمته خمسون ديناراً، والوسط قيمته أربعون ديناراً، والرديء ثلاثون.

[٢٢٥-أ] وأما على / قولهما: فإنه يعتبر على قدر الغلاء والرخص في البلدان، وليس هذا باختلاف [علل][٤]، وإنما هذا اختلاف أزمان، ففي زمن أبي حنيفة: كانت قيمة الجيد خمسين لا يختلف ذلك، وفي زمنهما: كان يختلف ذلك، فأجاز كل واحد على عرف زمانه.

---

(١) (الوَصِيْف: الغلام دون المراهق، والوصيفة: الجارية كذلك، والجمع: وُصَفَاء ووَصَائِف)، المصباح (وصف).

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٨٦.

(٣) (الصَّقَالبَة: جيل من الناس كانت مساكنهم إلى الشمال من بلاد البُلغار، وانتشروا الآن في كثير من شرقي أوربا، وهم المسمون الآن بالسُّلاف)، المعجم الوسيط (صقل).

(٤) في أ، ج (على) والمثبت من م.

وإذا تزوج على الجيد فأتىٰ بالجيد كفاه ذلك، وإن لم يكن في الجودة غاية بعد أن كانت قيمته خمسين ديناراً عند أبي حنيفة.

ولو تزوجها على عبد وهو يذكر صفته، فإن النكاح والتسمية جائزان، ويقع ذلك على الوسط ولا يجب الجيد؛ نظراً للزوج، ولا يجب الرديء نظراً للمرأة، فيجب الوسط ليعتدل النظر في الحالين[١] جميعاً.

ولو تَزَوَّجها على بيت إن كان بعينه، فلها ذلك، وإن كان بغير عينه إن كان العرف عندهم: أنهم يريدون متاع البيت، فيجب متاع البيت المعروفة عندهم، وإن لم يُرِدْ به متاع، فإن كان من أهل المصر يقع على البيت المبني من [مَدَرٍ][٢]، وإن كان من أهل البادية فإنه يقع على بيت الشعر والصوف والوَبَر.

أما عندنا: فذكر البيت يقع على البيت المبني من مَدَرٍ، وذلك مجهول جهالة مستتمة، فيجب مهر المثل، كما لو تزوّجها على دار بغير عينها، يجب مهر المثل عندهم، فكذلك عندنا في البيت لهذا المعنىٰ الذي ذكرنا.

[زواج امرأتين على صداق واحد]

قال: (**ومن تزوج امرأتين على صداق واحد، كان ذلك جائزاً**)[٣] نحو أن يقول: تزوجتكما على ألف، فقبلتا جميعاً، فإن الألف تنقسم على قدر مهر

---

(١) في م (في الجانبين). (والأصل في إيجاب الوسط منه: (ما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (أَيُّمَا امرأة نُكِحَت بغير إذن مواليها، فنكاحها باطل، فإن دخل بها، فلها مهر مثل نسائها، لا وكْس ولا شَطَط) [البيهقي في الكبرىٰ ٧/ ١٠٥؛ وفي الصغرىٰ ٦/ ٩٨]، فأوجب الوَسَطَ من ذلك؛ فلذلك قلنا في الوصف إذا أُطْلِق: أن لها الوسط منه). شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٤٢٦.

(٢) في أ (دوريهم) والمثبت من م، ج.
(المَدَر: الطين اللزج المتماسك، والقطعة منه مَدَرَة، وأهل المَدَر: سكان البيوت المبنية، خلاف البدو سكان الخيام)، المعجم الوسيط (مدر).

(٣) مختصر الطحاوي ص١٨٧.

مثلهما؛ لأن الألف بدل لهما، والبدل ينقسم على قيمة المبدل، والمبدل: وهو البُضْع، وقيمته: مهر المثل، فإن قبلت إحداهما دون الأخرىٰ، جاز النكاح، بخلاف البيع، فإنه إذا قال: بعتُ هذا العبد منكما، فقبل أحدهما دون الآخر، فإنه لا يجوز.

والفرق بينهما: وهو أن قبول الآخر بمنزلة شرط ألحق بالعقد، والنكاح مما لا يتعلق بالجائز من الشرط، فالفاسد من الشرط لا يبطله، والبيع مما يتعلق بالجائز من الشرط، فالفاسد من الشرط يبطله، وينقسم الألف على قدر مهر مثلهما، فما أصاب حصة التي قبلت فلها ذلك، والباقي يرجع على الزوج.

فإن كانت إحداهما ذات زوج، أو في عدة من زوج، أو كانت ممن لا تحل له نكاحها، جاز جميع الألف للتي صَحَّ نكاحها عند أبي حنيفة، وعندهما: ينقسم الألف على قدر مهر مثلهما، فما أصاب التي صح نكاحها فلها ذلك، وعاد الباقي إلى الزوج، فإن دخل الزوج بالتي فسد نكاحها، كان في قياس قول أبي حنيفة: لها مهر مثلها [بالغاً ما بلغ؛ لأنه لا تعتبر التسمية، وفي قولهما: لها مهر مثلها](١)، ولا تجاوز حصتها من الألف(٢).

[اخْتِلَافُ مَهْر السِّرِّ وَالعَلَانِيَةِ]

قال: (**وإذا تزوج امرأة على صداق في السِّرِّ، وأسمع في العلانية بأكثر من ذلك، فإن اتفقا على ذلك، رجع الصداق إلى ما كانا [أسَرَّا](٣) منه(٤)، وإن اختلفا في ذلك**

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٤٢٧.

(٣) في أ (كبيراً) والمثبت من م، والمطبوع، والشرح ١/ ٤٢٧.

(٤) وزيادة في متن الشرح: (... وما أظهراه في العلانية، فهو كذب ليس بتسمية، فإن اختلفا ...)، ٤/ ٤٢٧.

رجع إلى العلانية، وحكم به مع يمين المرأة على ما يدعيه من السر إن طلب الزوج يمينها عليه)[١].

هذا لا يخلو: إما أن تواضعا في السر على مهر، ثم تعاقدا في العلانية على أكثر من جنس الأول، أو من خلاف جنسه، وأشهدا عند التواضع أن الزيادة في العلانية سمعة [ورياء]، أو لم يُشْهِدَا على ذلك، أو تعاقدا في السر ثم تعاقدا في العلانية على أكثر من ذلك من جنس الأول، أو من خلاف جنسه، وأشهدا في السر أن الزيادة في العلانية سمعة، أو لم يشهدا على ذلك، وكان ذلك في النكاح أو في البيع.

أما إذا كان ذلك في النكاح فتواضعا على ألف درهم في السر، وتعاقدا على ألفين في العلانية، أو مائة دينار، ولم يُشْهِدا عند التواضع، فإن المهر هو المسمىٰ في العقد؛ لأن المذكور عند المواضعة لم يكن مهراً؛ لأن المهر [ما] يكون عند العقد.

وإن أشهدا عند المواضعة فإنه ينظر: إن كان المذكور عند العقد من جنس الأول، فلها المسمىٰ في السِّرِّ؛ لأنهما أبطلا الزيادة بالإشهاد./ [٢٢٥-ب]

وإن كان من خلاف جنس الأول، فلها مهر المثل؛ لأن ما تواضعا عليه لم يعقدا عليه، وما تعاقدا عليه أبطلاه بالإشهاد، فعدم المسمىٰ عند العقد يجب مهر المثل، هذا إذا تواضعا ثم تعاقدا.

وأما إذا تعاقدا ثم [تواضعا]، فإن لم يُشْهِدَا أن الزيادة في العلانية سمعة فعلىٰ قول أبي حنيفة ومحمد: المهر مهر العلانية[٢]، وروي عن أبي يوسف أنه قال:

---

(١) مختصر الطحاوي ص ١٨٧.

(٢) نقل أصحاب الفتاوىٰ الهندية هذا القول من هذا الكتاب، وزادوا على ذلك: (وذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالىٰ: أنهما إذا تعاقدا في السِّرِّ بألف، وأظهرا في العلانية خلاف ذلك، ثم اختلفا، فقال الزوج: ما أقررت به في العلانية: هزل، وقال المرأة: لا، بل جد، فالقول: قول المرأة، والمهر هو المذكور في العلانية، إلاَّ أن يقوم للزوج بينة على ما ادَّعىٰ. هكذا في الذخيرة)، ١/ ٣١٥، ٣١٦.

المهر مهر السر؛ لأن المهر يثبت بالعقد الأول، وعقد النكاح لا يحتمل الفسخ والإقالة، فالعقد الثاني لا يرفعه، فإذاً العقد الثاني ليس بعقد في الحقيقة، فلا يعتبر المذكور عند العقد الثاني، وأما على قول أبي حنيفة ومحمد: المهر مهر العلانية، وتكون زيادة على المهر الأول، سواء كان من جنسه أو من خلاف جنسه، فإن كان من خلاف جنسه [فحينئذٍ][(١)] يكون زيادة على المهر الأول، وإن كان من جنسه فتقدر الزيادة على المهر الأول فتكون زيادة.

[تأكّد الزيادة في المهر]

والزيادة إنما تتأكد بأحد معاني ثلاثة: إما بالدخول، أو بالخلوة الصحيحة، أو بموت أحدهما، وإن وقعت الفُرْقَةُ قبل وجود [واحدٍ من] هذه المعاني الثلاثة، بطلت الزيادة، ويتنصف الأصل دون الزيادة؛ لأنهما قصدا شيئين: استئناف العقد، وزيادة في المهر، فاستئناف العقد لا يصح؛ لأن العقد لا يحتمل الفسخ، والزيادة صحيحة، وصار كأنه زادا ألفاً أخرىٰ، هذا إذا لم يشهدا.

وأما إذا أشهدا فإنّ المهر هو المذكور عند العقد الأول، والمذكور عند العقد الثاني لغو؛ لأنهما أبطلاه بالإشهاد، وهذا الذي ذكرنا في النكاح.

[التواضع في البيع غير إشهاد]

وأما في البيع فإذا تواضعا[(٢)] ولم يُشْهِدَا عندما تواضعا، فإن الثمن هو المذكور عند العقد، سواء كان من جنس ما تواضعا عليه، أو من خلافه، وإن [كانا] أشهدا، فإن كان من جنس الأول، فالثمن ما تواضعا عليه، والزيادة باطلة؛ لأنهما أبطلا الزيادة بالإشهاد، وهذا قول أبي يوسف، ومحمد.

---

(١) في أ (فجميعه) والمثبت من م.

(٢) في م (تراضيا)، والتواضع هنا على قولهم: (تواضع القوم على أمر)، أي: اتفقوا عليه، وهو التراضي بينهما، كما في م.

وأما على قول أبي حنيفة: فالثمن هو المذكور عند العقد، بخلاف النكاح؛ لأن البيع لا يَصِحُّ إلّا بالثَّمَن، والثمن هو المذكور عند العقد خلاف النكاح، فإنه يَصِحُّ بغير مهر، فلو قصدا إبطال الجميع صَحَّ النكاح، فكذلك إذا قصدا إبطال البعض.

وإن كان من خلاف جنس الأول، فإن العقد ينعقد بالمسمىٰ عند العقد؛ لأنهما وإن قصدا إبطال ما سَمَّيا من الثمن، فقد قصدا جواز البيع، والبيع لا يَصِحُّ إلا بالمذكور، هذا إذا تواضعا ثم تعاقدا.

وأما إذا تعاقدا على ألف درهم، ثم تعاقدا على ألفين ولم يُشْهِدَا، فإنّ العقد الثاني يرفع [العقد] الأول، والثمن هو المذكور في العقد الثاني إن كان من جنسه، وإن كان من خلاف جنسه؛ وذلك لأن البيع يحتمل الفسخ بالإقالة، فشروعهما في العقد الثاني إبطال للأول، فبطل العقد الأول وانعقد الثاني بما سمي عنده.

وإن تعاقدا في السر وأشهدا أن الزيادة في العلانية باطلة، ثم تعاقدا في العلانية، فالعقد هو العقد الأول إن كان الثمن من خلاف جنس الأول؛ لأنهما أبطلا المسمىٰ في العقد الثاني بالإشهاد، فلم يصح العقد الثاني.

وإن كان من جنس الأول، فالعقد هو العقد الثاني بالثمن الأول؛ لأن البيع يحتمل الفسخ، فكان العقد هو العقد الثاني، ولكن بالثمن الأول، والزيادة باطلة؛ لأنهما أبطلاها بالإشهاد.

[تَوَاضَعَا على الإِلْجَاءِ ببيع الدار، ثم التَّعَاقُدُ عَلَنًا]

ولو أن رجلاً قال لآخر: إني ألجئ إليك ببيع داري فتواضعا عليه، ثم تعاقدا في العلانية، كان العقد باطلاً؛ لأنهما تصادقا أن العقد فاسد غير منعقد، فصار كأنه جعل لنفسه الخيار [أبدًا]، فعُدِم رضاه، فلا يكون بيعاً إلا إذا قالا عند العقد: كل شرط كان بيننا فهو فاسد، فإن التلجئة تبطل، ويجوز العقد، إلاّ إذا كانا قالا عند التواضع: إني ألجئ إليك ببيع داري هذه، ويقول عند العقد: كل شرط كان بيننا فهو باطل، وما

[٢٢٦-أ] نقول من ذلك فهو باطل / ، فإنهما إذا قالا ذلك، فإن العقد لا ينعقد؛ لأنهما تطابقا أن ما يفعلانه عند العقد غير صحيح، إلا إذا حَكَيا في العلانية ما قالا في السر: [إنا] شرطنا كذا وكذا، وإنا أبطلنا ذلك، ثم تعاقدا، فالعقد ينعقد جائزاً.

وكذلك هذا في الإقرار: إذا قال الرجل لآخر: إني أُقِرُّ لك في العلانية بمالي، أو بداري، أو ما أشبه ذلك، [أو ما تواضعا][1] على فساد الإقرار، فإنه وإن أقرّ في العلانية، لا يملك المُقَرُّ لَهُ بهذا الإقرار؛ لأنهما اتفقا على فساد الإقرار، هذا إذا تصادقا أنهما تعاقدا على ما تواضعا عليه.

ولو اختلفا فقال أحدهما: تعاقدنا على ما تواضعنا عليه من التلجئة، وقال الآخر: لا بل البيع بيع رغبة لا بيع تلجئة، فالقول قول من يَدَّعِي جواز العقد في قول أبي حنيفة ما لم يتصادقا: أنهما تعاقدا على ما تَواضَعَا عليه، وفي قول أبي يوسف ومحمد: القول: قول من يَدَّعِي التلجئة، والعقد فاسد ما لم يتصادقا أنهما أعرضا عن تلك المواضعة.

[حدوثُ زيادة في المهر قبل الدخول والطلاق]

قال: (**وإذا تزوج الرجل امرأة على عبد أو جارية، أو عَيْنٍ من الأعيان، فزادت ثم ورد الطلاق عليها قبل الدخول بها**)[2]، فإنه لا يخلو: إما أن يكون في يد الزوج أو في يد المرأة، ولا يخلو: إما أن تكون الزيادة متصلة متولدة من الأصل: كالسِّمَن، والكِبَرِ، والحُسْن والجَمَال، أو كانت بيضاء إحدىٰ العينين فانجلىٰ البياض، أو كان أخرس فتكلم، أو أَصَمّ فسمع، أو كانت نخيلاً فأثمرت، أو كانت أرضاً فزرعها.

---

(١) في أ (وتواضعك) وفي ج (تواضعا)، والمثبت من م.
(٢) مختصر الطحاوي ص١٨٨.

وإما أن تكون الزيادة متصلة غير متولدة من الأصل: كالثوب إذا انصبغ، أو كانت داراً فبنىٰ فيها [بناءً]، أو أرضاً فغرس فيها غِراساً.

وإما أن تكون الزيادة منفصلة متولدة من الأصل: كالولد، والأرش، والعَقْر، والوَبَر إذا جزَّ، والصُّوْف، والشّعر [إذا أزيل]، والثمر إذا [جَذَّ]، والزرع إذا حَصَد.

وإما أن تكون الزيادة منفصلة غير متولدة من الأصل كالغَلَّة والكسب.

أما إذا كان المهر في يد الزوج: فإن كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الأصل: كما لو صبغ الثوب، أو بنىٰ فيها بناء، صارت [المرأة بذلك قابضة، فلا يتنصف، ويجب عليها نصف القيمة يوم حكم بالقبض، فإن كانت الزيادة] متصلة متولدة منه، ورد الطلاق قبل الدخول بها، فإن الأصل والزيادة تتنصف بالإجماع.

وإن كانت منفصلة غير متولدة منه: كالهبة، والكسب، والغَلَّة فإن الأصل يتنصف، والزيادة كلها للمرأة في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف ومحمد: الأصل والزيادة [تتنصف][1].

وأما إذا كانت الزيادة بعد القبض، فإن كانت متصلة متولدة من الأصل، فإنها تمنع التنصيف، وللزوج عليها نصف القيمة يوم سَلَّمه إليها، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يمنع التنصيف.

وإن كانت الزيادة منفصلة متولدة من الأصل: فإنها تمنع التنصيف بالإجماع.

وإن كانت منفصلة غير متولدة منه: فالزيادة للمرأة، والأصل بينهما نصفان، هذا كله إذا حدثت الزيادة ثم ورد الطلاق قبل الدخول[2].

---

(١) في أ، ج (متصلتان) والمثبت من م.
(٢) (وذلك لأن هذه الزيادة حادثة، في ضمان المرأة، في حال لم يكن لأحد فيها حق، فصارت =

فأما إذا ورد الطلاق أولاً، ثم ظهرت الزيادة، فلا يخلو: إما أن تكون بعد القضاء بالنصف للزوج، أو قبل القضاء له، وكان قبل القبض أو بعد القبض، فإن كان قبل القبض فإن الأصل والزيادة بينهما نصفان، سواء وجد القضاء أو لم يوجد؛ لأنه كما وجد الطلاق عاد نصف المهر إلى الزوج، وصار بينهما نصفين، والزيادة حصلت على ملكهما، فتكون بينهما، وإن كان بعد القبض إن كان بعد القضاء بالنصف للزوج، فكذلك الجواب، وإن كان قبل القضاء بالنصف للزوج، فالمهر في يدها كالمقبوض بعقد فاسد؛ لأن الملك كان لها وقد فسد ملكها في النصف، حتى أن المهر لو كان عبداً فأعتقته بعد الطلاق قبل القضاء بالنصف للزوج، جاز / عتقها، ولو أعتقه الزوج [٢٢٦-ب] لا ينفذ، وإن قضىٰ له بعد ذلك: كالبائع إذا أعتق العبد المبيع بيعـًا فاسداً وقد قبضه المشتري، أنه لا ينفذ عتقه وإن رَدَّ عليه، هذا كله حكم الزيادة.

[أحوال النقصان في المهر]

وأما حكم النقصان فلا يخلو من خمسة أوجه: إما أن يكون بفعل الزوج، أو بفعل المرأة، أو بفعل الأجنبي، أو بفعل المهر، أو بآفة سماوية.

ولا يخلو: إما أن يكون قبل القبض، أو بعده، والنقصان فاحش، أو غير فاحش:

أما إذا كان قبل القبض والعيب فاحش، فإن كان النقصان بآفة سماوية، أو بفعل المهر، فإن المرأة بالخيار: إن شاءت أخذت النصف ناقصـًا ولا شيء لها غير ذلك، وإن شاءت تركته وضَمَّنَت الزوج نصف قيمته يوم العقد.

وإن كان النقصان بفعل الزوج، فالمرأة بالخيار: إن شاءت أخذت نصف

= كالولد، ومنعت الرجوع في الأصل)، وعلى خلاف في الزيادة المتصلة والمنفصلة. انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٤٢٩، ٤٣٠.

الخادم وضَمَّنَت الزوج نصف النقصان، وإن شاءت تركت وضَمَّنَتْه نصف قيمته.

وإن كان النقصان بفعل الأجنبي، فالمرأة بالخيار: إن شاءت أخذت النصف وأتبعت للأجنبي بنصف النقصان، وإن شاءت تركت وضَمَّنت الزوج نصف قيمته يوم القعد، ثم يرجع الزوج على الأجنبي بضمان النقصان.

وإن كان النقصان بفعل المرأة: صارت المرأة قابضة للخادم، فجعل كأَنَّ النقصان حصل في يدها.

وإن كان العيب غير فاحش: فلا خيار لها، وتأخذ نصف المهر.

إن كان النقصان بآفة سماوية، أو بفعل الخادم، أو بفعليهما: فلا شيء لها.

وإن كان النقصان بفعل الزوج، تتبعه بنصف النقصان، وإن كان بفعل الأجنبي، تتبعه بنصف النقصان.

وأما إذا كان النقصان بعد القبض، فإن كان النقصان بفعل الأجنبي، أو بفعل الزوج، فلا سبيل للزوج على العين؛ لأنه وجب الأرش، والأرش كالولد فيمنع التنصيف، ويُضَمِّنها نصف قيمته يوم القبض.

فإن كان النقصان بآفة سماوية، أو بفعل الخادم، فالزوج بالخيار: إن شاء أخذ [نصف][1] العين ولا شيء له غير ذلك، وإن شاء [ترك][2] العين فَضَمَّنها نصف قيمتها يوم القبض.

---

(١) الزيادة من م، والسياق يقتضيه.

(٢) في أ، ج (أخذ) والمثبت من م.

وإن كان النقصان بفعل المرأة، فالجواب فيه كما إذا كان النقصان بآفة سماوية؛ لأن المرأة فعلت في ملك نفسها، فلا يكون جناية، بخلاف ما إذا كان بفعل الزوج؛ لأن الزوج جنىٰ في ملك غيره، فالمرأة بالخيار: إن شاءت أخذت نصفها ناقصاً، وضمنته نصف النقصان، وإن شاءت تركت وضمنته نصف القيمة يوم العقد، هذا إذا كان النقصان فاحشاً.

فأما إذا كان النقصان غير فاحش، إن كان بفعل الأجنبي أو بفعل الزوج: فلا يتنصف؛ لأن الأرش قد وجب وهو يمنع التنصيف.

وإن كان بآفة سماوية، أو بفعلها، أو بفعل الخادم: يأخذ الزوج النصف ولا خيار له.

[مَنْعُ المَرْأةِ نَفْسَهَا حَتَىٰ تَسْتَوْفِي مَهْرَها المَعَجَّل]

قال: (**ومن تزوج امرأة على صداق عاجل، فإن لها أن تمنع نفسها حتى تستوفي ما بقي لها على الزوج شيء من المهر**)[١].

المهر لا يخلو: إما أن يكون بشرط التعجيل، أو مسكوتـًا عنه، فإنه يجب في الحال مُعَجَّلاً؛ لأن هذا عقد معاوضة [فيقضي المساواة][٢] في الجانبين، والمرأة عينت حق الزوج، فيجب أن يعين الزوج حقها، وإنما يتعيَّن حقها بالتسليم إليها.

وأما إذا كان مؤجلاً، فليس لها حق المطالبة إلى أجله، ولا أن تمنع نفسها منه [إلى أجله]، سواء كانت المدة قصيرة أو طويلة، بعد أن تكون معلومة، وكذلك إذا كانت مجهولة جهالة متقاربة: كالحصاد، والدِّيَاس[٣] ونحوهما، فإنه يجوز،

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٨٨.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

(٣) الدِّياسة في الطعام: أن يؤطأ الزرع بقوائم الدواب، ويكرر عليه المِدْوس حتى ينفصل الحب عن التِبْن. انظر: المغرب (دوس).

بخلاف البيع، فإن البيع بهذا الشرط إلى [هذا] الأجل لا يجوز.

وأما إذا كانت الجهالة [مستتمّة]: كهبوب الريح، وإلى أن تمطر السماء، فإن الأجل لا يثبت، ويجب حالاً.

وإن كان نصفه حالاً ونصفه مؤجلاً كما جرت العادة، ولم يزد على ذلك، فإنه يجوز / الأجل، ويقع ذلك على وقوع الفُرْقَةِ: إما بالموت، أو بالطلاق، وقد [٢٢٧-أ]
روي عن أبي يوسف ما يؤكد هذا: وهو أن رجلاً كفل لامرأة على زوجها بنفقة كل شهر، ذكر في كتاب النكاح: أنه تلزمه نفقة شهر واحد في الاستحسان، وذكر عن أبي يوسف: أنه تلزمه نفقة كل شهر يأتي عليه، ما دام النكاح بينهما قائماً، فكذلك هاهنا، وبهذا كان يفتي الشيخ رحمه الله تعالىٰ.

وقال بعضهم: لا يجوز الأجل ويجب حالاً؛ لأنه أجل مجهول جهالة مستتمة.

ثم المهر إن كان مُعَجَّلاً، فإن لها أن تمنع نفسها منه حتى يعطيها المهر، فلو أن الزوج دخل بها مرة برضاها، ثم أرادت أن تمنع نفسها بعد ذلك، كان لها ذلك في قول أبي حنيفة[١]، وفي قولهما: ليس لها ذلك.

وإن دخل بها مُكْرَهَة، فلها أن تمنع نفسها بالاتفاق[٢].

[الزِّيَادَةُ والتَّعْيِيْنُ بِالدَّرَاهِمِ فِي المَهْرِ]

قال: (ومن تزوج امرأة على صداق معلوم ثم زادها شيئاً، فإن الزيادة جائزة إذا

---

(١) (وجه قول أبي حنيفة: أن المهر بدلٌ عن كل وطءٍ يقع في النكاح، ولا يجوز أن يقال: إنه بدل عن بعض ما يقع من الوطء فيه دون بعض؛ لأنه لو كان كذلك، لكان مستبيحاً للوطء الثاني بغير بدل، وهذا فاسد، فلما كان المهر بدلاً عن الوطء الثاني، كهو عن الوطء الأول، وكان لها أن تمنعه الوطء الأول بالمهر، كذلك الثاني)، كما في شرح الجصاص ٤/ ٤٣١.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٣١، ٤٣٢؛ وفتاوىٰ قاضيخان ١/ ٣٣٣، ٣٣٤.

قبلت المرأة)[١]، وقد ذكرناها.

قال: **(ومن تَزَوَّج امرأة على دراهم بعينها، كان له أن يعطيها غيرها [مثلها، وكذلك الدنانير])**[٢].

المهر لا يخلو: إما أن يكون عَيْناً، أو دَيْناً، ونعني بالعين: العروض، والحيوان، والعَقَار، والكَيْلِي، والوَزْنِي، إذا كانا بأعيانهما، ويعني بالدَّيْنِ: الدراهم، والدنانير.

أما إذا كان المهر عيناً، فليس للزوج أن يدفع غيره؛ لأنه تعين للعقد، وإن كان المهر ديناً، كان للزوج أن يحبسه ويدفع غيره؛ لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان لعقود المبادلات وإن عينت[٣]، إلاّ إذا كان تِبراً، أو نُقْرَة[٤]، أو ذهباً، أو فضة، فإنها تتعين إذا عينت.

وإذا ورد الطلاق قبل الدخول بها، ففي كل موضع كان للرجل أن يعطيها غيره، كان لها أن تعطيه غير ما قبضت كالدراهم والدنانير، والكيلي والوزني إذا كانا بغير أعيانهما؛ لأن ذلك مما لا يتعين للعقد، فلا يتعين للرد، فكل ما لم يكن للزوج أن يعطيها غيره، لم يكن لها أيضاً ذلك.

---

(١) وفي المختصر زيادة: (وكانت الزيادة لاحقة بالصداق الذي تزوجها عليه، وجرىٰ فيها حكمه، إلاّ أن يطلقها قبل الدخول، فتبطل الزيادة في قول أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما). ص ١٨٨.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٨٨.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٤٣٣.

(٤) (التِّبْرُ: فُتات الذهب أو الفضة قبل أن يصاغا). المعجم الوسيط (تبر).

(والنُّقْرَة: القطعة المذابة من الذهب أو الفضة، وجمعها: نِقَار)، وهي السبيكة، وقبل الذوب: هي تِبرٌ. المعجم الوسيط (نقر).

[هِبَةُ المَرْأَةِ صَدَاقَهَا مِن زَوْجِهَا]

ولو أن المرأة وهبت صداقها من زوجها، فلا يخلو: إما أن يكون [المهر] عينـًا، أو دينـًا، ولا يخلو: إما أن وهبت الكل أو البعض، قبل القبض، أو بعد القبض:

أما إذا كان المهر عينـًا، فوهبت الكل قبل القبض، أو وهبت النصف قبل القبض، أو بعد القبض، ثم ورد الطلاق عليها قبل الدخول بها، فإن الزوج لا يرجع عليها بشيء[١].

وأما إذا كان المهر دينـًا، فكذلك الجواب إذا وهبت الكل قبل القبض.

ولو قبضت الكل ثم وهبت الكل، أو وهبت البعض، فإن الزوج يرجع عليها بنصف المقبوض.

ولو قبضت النصف ثم وهبت النصف، في قول أبي حنيفة: لا يرجع عليها بشيء، إلا أن يكون الموهوب أقل من النصف، فيرجع عليها إلى تمام النصف، وفي قول أبي يوسف ومحمد: يرجع بنصف المقبوض قَلَّ ذلك أو كَثُرَ.

[الزواج على حكم الزوجة أو الزوج]

قال: **(ومن تزوج امرأة على حكمه أو على حكمها، كان كمَنْ تزوج امرأة على غير صداق مسمىً)**[٢]، ولها مهر مثلها.

---

(١) وذلك (لأن الذي كان يستحقه الزوج بالطلاق، قد رجع إليه بعقد لا يوجب ضمانـًا عليها، وهو عقد الهبة؛ لأن عقد الهبة لا يوجب ضمانـًا على الواهب). شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٤٣٤.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٨٩؛ (وذلك لأن جهالته أكثر من جهالة مهر المثل، وكان مهر المثل أعدل منه). شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٤٣٤.

ثم هذا لا يخلو: إما أن يتزوجها على حكمه، أو على حكمها، أو على حكم الأجنبي:

أما إذا تزوجها على حكمه، فإن حكم بمهر المثل أو أكثر، جاز، وإن حكم بالأَقَلِّ، يتوقف على رضاها.

وإن تزوجها على حكمها، فإن حكمت بمهر المثل، أو أقل، فإنه يجوز، وإن حكمت بالأكثر، يتوقف على رضاه.

[مسائل مختلفة في المهور]

١- وإن تزوجها على حكم الأجنبي، فإن حكم بمهر المثل جاز، وإن حكم بالأكثر، يتوقف على رضا الزوج، وإن حكم بالأقل، يتوقف على رضا المرأة.

٢- وإن طَلَّقَها قبل الدخول بها في هذا كله، فلها المتعة، ولو تَزَوَّجها على ألف درهم وكرامتها، أو على ألف درهم وأن يهدي إليها هدية.

٣- فإن أكرمها وأهدىٰ إليها هَدِيَّةً، فَبِهَا ونِعْمَتْ، وإن لم يكرمها، فلها مهر المثل، إلاّ أن يكون أقل من ألف، فإنه لا ينقص من الألف؛ لأن الزوج رضي بذلك، وإن طلقها قبل الدخول بها، فلها نصف الألف.

٤- وكذلك لو تَزَوَّجَهَا على / ألف أو ألفين في قول أبي حنيفة: يجب مهر المثل لا يجاوز عن ألفين ولا ينقص عن الألف، فإن طلقها قبل الدخول بها، فلها نصف الأقل. [٢٢٧-ب]

٥- وكذلك لو تزوّجها على هذا العبد الحبشي، أو على هذا العبد الأبيض، يجب مهر المثل لا يجاوز عن قيمة الأبيض، ولا ينقص عن قيمة الحبشي، وفي قول أبي يوسف ومحمد: يلزمه الأقل في الأحوال كلها، ولو طلقها

قبل الدخول بها، يلزمه نصف الأقل بالإجماع.

٦- ولو تزوّجها على ألف إن لم تكن له امرأة، أو على ألفين إن كانت له امرأة، فالشرط الأول جائز، والثاني فاسد في قول أبي حنيفة.

فإن لم تكن له امرأة، فلها ألف درهم، وإن كانت له امرأة، فلها مهر المثل لا يزاد على ألفين ولا ينقص عن ألف، ولكن مع هذا لو طلقها قبل الدخول بها، فلها نصف الأقل، وفي قولهما: الشرطان جميعاً جائزان، فأيهما وجد فلها ذلك[١].

٧- قال: ولا يجب على الرجل نفقة زوجته إذا كانت صغيرة، ولا يجامع مثلها؛ لأن النفقة إنما تجب بإزاء القيام عليها، وهو ليس بقيم؛ لأنه لا يستمتع بها، فصارت كالناشزة، لا نفقة لها.

وإن كانت تصلح للخدمة ولا تصلح للجماع، فقد اختلف مشايخنا فيه: قال بعضهم: يجب، وقال بعضهم: لا يجب.

٨- ولو كان الزوج مريضاً لا يقدر على الجماع، أو كان صغيراً، فإن النفقة تجب في ماله؛ لأن العجز جاء من قِبَلِه فصار كالنشوز، والنشوز إذا جاء من قِبَلِه لا تسقط النفقة[٢].

(١) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ١/ ٣٣٤، ٣٣٥.

(٢) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ١/ ٣٦٧، ٣٦٨.

باب الوليمة(١) وعرس النساء

[إجابة دعوة وليمة العُرس]

قال أبو جعفر رحمه الله تعالىٰ: (**ولا ينبغي التخلف عن إجابة الدعوة**)(٢).

الدعوة العامة لا بأس بإجابتها: كدعوة العُرس والخِتَان ونحوهما، فإذا أجاب وذهب فقد فعل ما عليه، أكل أو لم يأكل، ولكن الأفضل: أن يأكل إذا كان غير صائم؛ كيلا يؤدي ذلك إلى الريبة [وإدخال] الفَظَاظة بهم.

وأما إذا كان صائماً، فإن كان صوم فرض فلا يحل له الإفطار، وإن كان تطوعاً فلا يفطر أيضاً؛ لما روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (**إن أخوف ما أخاف على أمتي الشرك والشهوة الخفيّة**)، قيل: يا رسول الله، وما الشهوة الخفيّة؟ قال: (**يصبح أحدكم صائماً ثم يفطر على طعام يشتهيه**)(٣)، هذا إذا كان إفطاره لشهوة النفس.

---

(١) الوليمة -من أولم فلان: اجتمع-، ومنه قولهم: والله لا آكل وليمة فلان، ولا عُرس فلان: هما جميعاً طعام الزفاف، وقيل: الوليمة: اسم لكل طعام.

والعُرس في الأصل: اسم من الإعراس، ثم سُمِّي به الوليمة. انظر: المغرب (ولم).

(٢) مختصر الطحاوي ص١٨٩؛ (وذلك لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (إذا دُعِيَ أحدكم إلى وليمةٍ، فليأتها) [البخاري (٤٨٧٨)]، وقوله صلىٰ الله عليه وسلم: (شرّ الطعام: طعام الوليمة يمنعها من يأتيها، ويدعىٰ إليها من يأباها، ومن لا يجيب، فقد عصىٰ الله ورسوله) [مسلم (١٤٣٢) لفظه، والحديث عند البخاري (٤٨٨٢)]) .

(٣) الحديث أخرجه الطبراني في الكبير ٧/ ٢٨٤؛ والأوسط ٤/ ٢٨٤؛ وأحمد في المسند ٤/ ١٢٣؛ وقال الهيثمي في المجمع (وفيه عبد الواحد بن زيد وهو ضعيف) ٣/ ٢٠١.

وأما إذا كان إفطاره لإدخال السرور على قلب أخيه، أو كان ترك الأكل يؤدي إلى المراباة، فلا بأس بأن يفطر، وقول رسول الله وصلىٰ الله عليه وسلم: (**من لم يجب الدعوة فقد عصىٰ أبا القاسم**)[1] إنما قال ذلك في قوم بأعيانهم، وهو أنه كان بين الأوس والخزرج عداوة في الجاهلية، فبعد الإسلام كان لا يحضر بعضهم [دعوة بعض]، فكان ذلك يؤدي إلى تهييج الفتنة فيهم، فقال عليه الصلاة والسلام: (**من لم يجب الدعوة فقد عصىٰ أبا القاسم**)، وأما إذا كان في موضع لا يكون فيه هذا المعنىٰ، فلا بأس بأن يترك الإجابة.

[حُضُوْرُ دَعْوَةٍ فِيْهَا مُنْكَرٌ]

ثم إذا أجاب الدعوة وذهب، فرأىٰ هناك لهواً وفساداً، فإن كان يقدر على مَنْعِهم مَنَعَهم، وإن كان لا يقدر على منعهم، فإنه يصبر ولا يرجع حتىٰ يأكل، إذا كان ذلك لا يؤدي إلى المَذَلَّةِ بالدين، كما إذا كان الرجل من عداد الناس.

وأما إذا كان إماماً يقتدىٰ به، فلو صبر وأقام هناك، كان في ذلك مَذَلَّة للدين، فإنه لا يصبر ولكنه ينصرف.

وما قال أبو حنيفة في الجامع الصغير: أبليت بهذا مرة فصبرت، فيجوز أنه كان في وقت لم يكن يقتدىٰ به، ولم يكن في ذلك مذلة للدين.

هذا إذا ذهب فوجد ما ذكرنا، وأما إذا علم ذلك قبل ذَهابه، فإن كان بحال لو ذهب هو يتفرق الفَسَقَةُ ويتركون ذلك، فالأفضل: أن يذهب حتى يكون في ذهابه إقامة الحِسْبَةِ، وكذلك لو بحال يقدر على منعهم لو ذهب، فإنه يذهب ويمنعهم عن ذلك.

---

(١) الحديث أخرجه البخاري بلفظ: (ومن ترك الدعوة فقد عصىٰ الله تعالىٰ ورسوله) (٤٨٨٢)؛ (وأخرجه الباقون موقوفًا بهذا اللفظ)، كما قال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢١٨، وقيل فيه غير ذلك.

[٢٢٨-أ] فأما إذا كان لا يقدر على منعهم ولا يتركون، فإنه لا يذهب / حتى لا يدخل في حالة رَيبة وتُهْمة.

قال: ولا بأس بنِثَار[١] العرس، وليس ذلك النُّهْبَة[٢] التي ورد النهي عنها، وإنما النهبة: ما ينتهب الرجل بغير طيبة نفس منه، وإنما نثروا هاهنا للرفع لا للترك[٣].

[العَدْلُ بَيْنَ الزَّوْجَاتِ فِي القَسْمِ]

قال: (**وإذا كان للرجل زوجتان حُرَّتَان: كان عليه أن يعدل بينهما في القسم**)[٤]، وكذلك إذا كانتا كتابيتين، أو إحداهما كتابية والأخرى مسلمة، فينبغي أن يعدل بينهما في القسمة: في المأكول، والمشروب، والملبوس، فإذا كان عند إحداهما يكون عند الأخرىٰ مثله؛ لأنه روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم (أنه قسم الليالي بين أزواجه، وقال: (**اللهم إن هذه قسمتي فيما أملك، فلا تؤاخذني فيما لا أملك**)[٥]، أي: في الحُبّ.

---

(١) النِّثَار -بكسر النون- من النثر: هو رمي الشيء متفرقـًا. والمقصود هنا بالنثار: ما ينثر من النقود والحلوىٰ على رأس العروس ونحوها في الحفلات وغيرها. انظر: المعجم الوسيط (نثر).

(٢) النُّهْبة -بضم فسكون، جمعها: نُهُب-: والنُّهْبىٰ بزيادة ألف التأنيث: اسم للمنهوب، ويقال: هذا زمان النَّهْب، أي: الانتهاب: وهو الغلبةُ على المال والقهْرُ، والنهبة في النثار، ليست من النهبة التي ورد النهي عنها، كما ورد ذلك في بعض الأحاديث والآثار. انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٤٣٧، ٤٣٨.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٤٣٧؛ البناية (شرح الهداية) ٩/ ٢٠٤.

(٤) مختصر الطحاوي ص١٩٠؛ (لقول الله تعالىٰ: ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾ [النساء: ١٢٩]، يعني: في محبة القلب، ثم قال: ﴿فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلْمَيْلِ﴾، يعني: بأن تظهروا ذلك بالفعل)، الشرح ٤/ ٤٣٩.

(٥) الحديث أخرجه أبو داود (٢١٣٤)؛ والنسائي (٣٩٤٣)؛ والترمذي (١١٤٠)، ورجّح هو والنسائي إرساله؛ وأخرجه الحاكم في المستدرك ٢/ ١٨٧، ووافقه الذهبي على تصحيحه؛ وابن حبان في صحيحه ووصله (موارد الظمآن) ص ٣١٧؛ وقال ابن حجر: (قال أبو زرعة: =

وأما إذا كانت إحداهما حرة والأخرى أمة، فإنه يُسَوِّي بينهما: في المأكول، والمشروب، والملبوس، وأما في السكنىٰ والبيتوتة، فإنه يسكن عند الحرة ليلتين، وعند الأمة ليلةً، قال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: (**للحرة الثلثان من القَسْم وللأمة الثلث**)[١].

[مُطَالَبَةُ المَرْأَةِ بِالقَسْم]

ولو كانت له امرأة واحدة فطالبته بالواجب لها، كان أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ يقول أولاً: يجعل لها يوماً واحداً، أو يسكن عندها، وثلاثة أيام ولياليها يتفرغ للعبادة ولأشغاله؛ لأنه يقدر أن يتزوج عليها ثلاث أُخَر سواها، فيكون لها من القَسْمِ يوماً وليلة من أربعة أيام ولياليها، فلما لم يتزوج فقد جعل ذلك لنفسه، وهكذا ذكر الطحاوي[٢]، وهكذا حكم كعب عند عمر رضي الله عنهما، واستحسن ذلك عمر: (روي أن امرأة أتت عمر رضي الله تعالىٰ عنه فقالت: إن زوجي يصوم النهار ويقوم الليل، فقال عمر: ما أحسن ثناءك على بَعْلك، فقال كَعْبُ: يا أمير المؤمنين، إنها تشكو إليك زوجها، فقال عمر: وكيف ذلك؟ قال كعب: إنه إذا صام النهار وقام الليل، كيف يتفرغ لها؟، فأمره عمر بأن يحكم بينهما، فحكم كعب ليلة لها وثلاث ليالٍ لزوجها)[٣].

= لا أعلم أحداً تابع حماد بن سلمة على وصله)، التلخيص الحبير ٣/ ١٣٩.

(١) قال ابن حجر: (رُوي مرسلًا، وعزاه لسعيد بن منصور في سننه، وعند البيهقي في الكبرىٰ (٧/ ٣٠٠) من حديث سليمان بن يسار قال: من السنة ....، ورویٰ أبو نعيم في المعرفة ... وساق الحديث وقال: وفيه عَلِيّ بن قرين، وهو كذاب). التلخيص الحبير ٣/ ٢٠٢.

(وروي نحوه عن عليّ كرَّم الله وجهه)، أخرجه البيهقي في الكبرى ٧/ ٢٩٩؛ والدارقطني ٣/ ٢٥٨؛ نصب الراية ٣/ ٢١٥.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٩٠.

(٣) أخرجه ابن سعد في الطبقات ٧/ ٩٢، في ترجمة كعب بن سور.

إلا أن أبا حنيفة رحمه الله تعالىٰ: رجع عن هذا وقال: هذا ليس بشيء؛ لأنه لو تزوج أربعاً فطالبنَ الواجب منه، يكون لكل واحدة منهن ليلة من الأربع، فلو جعلنا هذا حقاً لكل واحدة لا يتفرغ لأعماله، فلم يوقت في هذا وقتاً، وإنما يجعل لها ليلة من الأيام بقدر ما يحسن ذلك.

وإن كانت المرأة أمة فعلىٰ قول أبي حنيفة الأول، وهو قول الطحاوي: جعل لها ليلة من سبع ليالٍ؛ لأن له أن يتزوج عليها ثلاث حرائر، فتكون لها ليلة من سبع ليالي.

والعتيقة، والجديدة، والبكر، والثيب في ذلك سواء.

[هِبَةُ المَرْأَةِ قَسْمَهَا لِغَيْرِهَا]

ولو أن إحداهما وهبت القسمة لصاحبتها، جاز[1]، ولها أن ترجع عن ذلك متىٰ شاءت؛ لأن هذا التبرع منها، والإنسان لا يجبر على إبقاء التبرع.

ولو أن واحدة بذلت المال للزوج، ليجعل لها من القسم أكثر، فلا يَحِلُّ له أن يفعل ذلك، ويَرُدُّ ما أخذه منها؛ لأنها رشوة، والرشوة حرام.

وكذلك لو بذل الزوج لواحدة منهن مالاً؛ لتجعل نوبتها لصاحبتها، أو بذلت

---

(١) وعبارة الطحاوي في ذلك: (وقد أباحته منهنّ قَسْمَها، وجعلته لسائر أزواجه سواها، أو لبعضهنّ، كان ذلك على ما جعلته عليه ...) ص ١٩٠.

(وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحًاۚ﴾ [النساء: ١٢٨]، فإنها نزلت في مثل ذلك)، كما في المحرر الوجيز ص٤٨٦.

(وسألت سودة بنت زمعة النبي صلىٰ الله عليه وسلم -وقد كان طلقها-، أن يراجعها، ويجعل يومها لعائشة رضي الله عنهما، ففعل ذلك)، البخاري (٢٥٩٣)؛ ومسلم (١٤٦٣).

هي المال لصاحبتها لتترك نوبتها لها، فإنه لا يجوز، وتسترد المال؛ لأنه رشوة.

[السفر ببعض نسائه دون بعض]

قال: **(ومن كانت له أربع نسوة، كان له أن يسافر ببعضهن دون بعض؛ لأن له أن يسافر بغيرهن، والأفضل أن يقرع بينهن لتطيب أنفسهن؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك)**(١).

ثم إذا قدم من السفر فطلبت الأخرى أن يسكن عندها مثل ما سكن عند التي سافر معها، فليس لها ذلك؛ لأن مدة السفر ضائعة، ألا ترى أنه يسافر وحده دونهن.

[حكم العزل]

قال: **(وليس للرجل أن يعزل ماءَه عن زوجته الحرة إلاّ بإذنها، وإن كانت الزوجة أمة فالإذن إلى مولاها في قول أبي حنيفة ومحمد، وهو قول أبي يوسف في رواية محمد عنه، وفي رواية أخرى أنّه قال: الإذن إلى الأمة، ولو أراد أن يعزل عن أمته بغير رضاها كان له ذلك)**(٢).

[نِكَاحُ الأَمَةِ فِي عِدَّةِ الحُرَّةِ]

[٢٢٨-ب] قال: **(ولا يجوز نكاح الأَمَة على الحُرَّة / ، ويجوز نكاح الحرة على الأمة، ولو تزوجهما في عقدة واحدة، جاز نكاح الحرة ويبطل نكاح الأمة، ولو تزوج الأمة في عدة الحرة: إن تزوجها في عدتها من طلاق رجعي لا يجوز بالاتفاق، وإن كان في**

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٩٠.

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٩٠؛ وذلك لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم: (أنه نهى عن العزل عن الحرة إلا بإذنها)، ابن ماجه (١٩٢٨)؛ قال في الزوائد: في إسناده ابن لهيعة، وهو ضعيف؛ والإمام أحمد في المسند ١/ ٣١.

وأي ضاً قال الله تعالى: ﴿فَٱلْـَٔـٰنَ بَـٰشِرُوهُنَّ وَٱبْتَغُوا۟ مَا كَتَبَ ٱللَّهُ لَكُمْ﴾ [البقرة: ١٨٧]، قيل في التفسير: (يعني من الولد)، تفسير الطبري ٢/ ١٦٩.

عدة من طلاق بائن، لا يجوز عند أبي حنيفة، وعندهما: يجوز)(١).

[الشِّقَاقُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ]

قال: (وإذا وقع بين الزوجين شقاق، فله أن يطلقها على [جُعْل الشقاق: هو] المخالف، قال الله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ ﴾ الآية [النساء: ٣٥].

ثم الاختلاف إذا وقع بين الزوجين فالسُّنَّة فيه: أن يجتمع أهل الرجل وأهل المرأة يصلحون بينهما، قال الله تعالى: ﴿ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ [النساء: ١٢٨]، وإن لم يجتمعا على الصلح، فليس إلى الحكمين التفريق بينهما)(٢)، فإن طَلَّقها جاز، وإن خَلَعَها أيضاً جاز(٣).

فإن كان النشوز(٤) من قِبَلِ الزوج، فلا يحل له أن يأخذ منها شيئاً، ولكنه إن فعل ذلك لا يجبر على رَدِّه إليها، وإن كان النشوز من قِبَلِها، فلا بأس بأن يأخذ مقدار ما ساق إليها من المهر، وأما أخذ الزيادة فإنه يُكْرَه في رواية كتاب الطلاق، وذكر في الجامع الصغير: أنه تجوز الزيادة(٥)، وليس في الحقيقة اختلاف؛ لأنه يجوز في الحكم، ولكنه يكره له ذلك.

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٩٠.

(٢) وتكملتها في المختصر: (... إلّا أن يجعل ذلك إليهما الزوج) ص١٩١.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٤٥٦، ٤٥٧.

(٤) النُّشُوز: (من النشْزِ -بالحركة والسكون-: المكان المرتفع، ومنه: نشزت المرأة على زوجها، فهي ناشزة؛ إذا استعصت عليه وأبغضته)، فهي ناشز وناشزة، كما في المغرب (نشز).

ونشوز المرأة: تَعَلِّيها على زوجها وإساءتها معاملته، وكذا: تركها بيت الزوجية من غير مبرر مشروع، ومن ذلك قولهم: الناشز لا نفقة لها.

(٥) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ص ٣١٦.

[الخُلْعُ تَطْلِيْقَةٌ]

(والخُلْعُ تَطْلِيْقَةٌ بَائِنَةٌ)(١)، ولا يصح الخلع(٢) والطلاق بالمال إلا بالقبول، ويقتصر ذلك على المجلس، فإن قامت قبل القبول، أو أعرضت عن المجلس، فلا يَصِحُّ الخلع، ويعتبر في ذلك مجلسها لا مجلس الزوج، حتى أن الزوج لو قام وذهب، ثم قَبِلَت المرأة في ذلك المجلس، وقع الطلاق.

[الخلع تعليق الطلاق بالشرط من قِبَل الزوج]

ثم الخلع من جانب الزوج تعليق الطلاق بالشرط كاليمين، يجوز تعليقها بالخطر، ويتوقف على ما وراء المجلس، ومن جانب المرأة [مباذلة] فلا يجوز تعليقه بالخطر، ولا يتوقف على ما وراء المجلس.

وبيان هذا: وهو أن الرجل إذا قال: طلقت امرأتي على ألف، أو قال: خالعتها

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٩١.

(والأصل في ذلك قول الله تعالىٰ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، فاقتضىٰ ظاهر الآية جواز خلعها عند الخوف أن لا يقيما حدود الله على القليل والكثير، إلاّ أن الدلالة قد قامت على أن النشوز إن كان من قِبَله: كُرِه له أخذ شيء منها، وهو قول الله تعالىٰ: ﴿وَإِنۡ أَرَدتُّمُ ٱسۡتِبۡدَالَ زَوۡجٖ مَّكَانَ زَوۡجٖ وَءَاتَيۡتُمۡ إِحۡدَىٰهُنَّ قِنطَارٗا فَلَا تَأۡخُذُواْ مِنۡهُ شَيۡـًٔاۚ أَتَأۡخُذُونَهُۥ بُهۡتَٰنٗا وَإِثۡمٗا مُّبِينٗا﴾ [النساء: ٢٠]، فمن أخذ شيء منها إذا كان النشوز من قبله...، ويدل على أن: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ﴾ [البقرة: ٢٩٩]، المراد منه: حال كون النشوز من قِبَلها). شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٤٥٤، ٤٥٥.

(٢) (الخلع -بضم الخاء وفتحها- في اللغة: مشتق من الانخلاع، وفي الشرع: عبارة عن عقد بين الزوجين، المال فيه من المرأة تبذله فيخلعها أو يطلقها)، كما في الجوهرة؛ وفي اللباب: (إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع، أو ما في معناه)، ١/ ٧٧.

وأوضح من ذلك: هو طلاق الرجل زوجته على مال تبذله له.

على ألف، والمرأة غائبة، فإنه يتوقف على قبولها في مجلس علمها، وبمثله لو كانت المرأة قالت هذا والزوج غائب، لا يصح، حتى لو بلغ الزوج فأجاز، فإنه لا يجوز.

ولو قال الزوج: إذا جاء غدٌ فقد طلقتك على ألف درهم، أو طلقتك على ألف درهم، فإنه يَصِحّ، ولو قالت المرأة مثل هذا، فإنه لا يصح.

ولو قال: خالعتكِ على ألف درهم، فقَبْل أن تقبل رجع الزوج عن ذلك، فإنه لا يَصِحُّ؛ لأنه يمين ولا يصح الرجوع عن اليمين، وبمثله لو قالت المرأة: اختلعت منكَ على ألف درهم، فقبل أن يقبل الزوج رجعت عن ذلك، صَحَّ رجوعها.

[أَثَرُ الخُلْعِ فِي حُقُوْقِ الزَّوْجِيْنِ]

ثم الخلع إذا كان بالمهر، فإنه يَصِحُّ، وإن كان غير مقبوض سقط عن الزوج، وإن كان مقبوضاً فإنها تُرَدّ.

وإن كان الخلع على مال غير المهر: فإن كان بلفظ الخلع، ألزمها ذلك المال: ويبرأ الزوج من كل حق وجب لها عليه بالنكاح: كالمهر، والنفقة الماضية، وكذلك لو كان هذا بلفظ المبارأة[1]، وهذا قول أبي حنيفة.

وفي قول محمد: لا يراه، سواء كان بلفظ الخلع أو بلفظ المبارأة، وفي قول أبي

---

(١) المبارأة لغة: مفاعلة من البراءة، فهي الاشتراك في البراءة من الجانبين، واصطلاحاً: تعتبر من ألفاظ الخلع، وإذا حصلت بين الزوجين، توجب سقوط حق كل منهما قِبَل الآخر مما يتعلق بالنكاح. انظر: المصباح (برئ)؛ الاختيار ٣/ ١٦٠.

ويوضح ذلك الجصاص بقوله: (فأمّا وجه قول أبي حنيفة: فهو أن المبارأة تقتضي وقوع البراءة من كل واحد منهما لصاحبه فيما يتعلق بالنكاح والحقوق؛ لأن المبارأة: وقوع البراءة لكل واحد منهما، فهي شاملة لجميع الحقوق الثابتة بالنكاح، وإذا ثبت ذلك في المبارأة، جعل أبو حنيفة الخلع كهي؛ لأنّ لفظ الخلع تضمّن البراءة هكذا بموضوعه؛ لأنه مأخوذ من: خَلَعَ الشيء من الشيء). شرح مختصر الطحاوي ٤/ ٤٦٠.

يوسف: إن كان بلفظ المبارأة فهو كما قال أبو حنيفة، وإن كان بلفظ الخلع [فهو كما] قال محمد.

ولو طلقها[١] على نفقة العدة، فإنه يَصِحُّ، ولا تجب النفقة بخلاف ما لو أبرأت الزوجَ عن النفقة: فإن كانت النفقة ماضية جاز الإبراء، وأما في المستقبل لا يصح الإبراء.

والفرق بينهما: أن [في] نفقة النكاح أبرأت قبل وجوبها؛ لأنها تجب يوماً بيوم، وأما هاهنا فقد أبرأت عند وجوبها؛ لأنها تجب بهذا العقد.

وأما السكنىٰ فلا يصح الإبراء عنها؛ [لأنها] تجب حقاً لله تعالىٰ.

(١) في م (خَلَعَها).

كتاب الطلاق[1]

قال أبو جعفر رحمه الله تعالىٰ: **(وطلاق المُكْرَه لازم إياه، كَطَلَاق مَنْ سواه [مِمَّن] ليس بمُكْرَه)**[2].

---

(١) (الطلاق في اللغة: عبارة عن إزالة القيد، أو (رفع القيد مطلقاً)، مأخوذ من الإطلاق، تقول العرب: أطلقت إبلي، أو أسيري، وطلقت امرأتي، وهما سواء.

وهو في الشرع: عبارة عن المعنىٰ الموضوع لحل عقد النكاح)، الجوهرة ١/ ٣٨؛ أو كما قال بعضهم: (رفع القيد الثابت بالنكاح)، أو (إزالة عقد النكاح)، أنيس الفقهاء ص ١٥٥.

والطلاق على خمسة أوجه:

١. مباح: نظراً إلى الحاجة، والحاجة إلى الخلاص، تكون عند تباين الأخلاق، وعرض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالىٰ.

٢. مستحب: لو كانت المرأة مؤذية له أو لغيره، بقولها أو بفعلها، أو تاركة فرضاً من فرائض الله تعالىٰ، فلا إثم عليه بمباشرة المرأة التي لا تصلي، وإن كانت مكروهة تنزيهاً.

٣. مكروه: وهو الطلاق البائن في ظاهر الرواية.

٤. واجب: لو فات الإمساك بالمعروف، كما لو كان الزوج خَصِيًّا، أو مجبوباً، أو عِنِّيناً.

٥. حرام: وهو الطلاق في الحيض، أو في الطهر الذي جامعها أو طلقها فيه، والطلاق ثلاثاً بكلمة واحدة.

انظر: بهجة المشتاق لأحكام الطلاق، نقلاً عن حاشية شرح الوقاية، ٣/ ٥٥.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٩٠، والدليل على ذلك: قول الله تعالىٰ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ =

وأصله الحديث: روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: **(ثلاث جِدُّهن جِدٌّ، وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، والعتاق)**(١)، وفي حديث آخر: **(لا قيلولة في الطلاق)**(٢)، وروي عن عمر رضي الله أنه قال: أربع [مقفلات](٣) مبهمات، ليس فيهن / رويدي: النكاح، والطلاق، والعتاق، والنذور، وفي بعضها: الأيمان. [٢٢٩-أ]

والأصل: أن الطلاق إنما يقع بوجود لفظة الإيقاع من مخاطب في ملكه إذا طلق المخاطب المكلف امرأته، وقع الطلاق، كالعاقل البالغ(٤).

ولو أن الصَّبِي أو المجنون طلق امرأته: لا يقع طلاقه، وكذلك المغمىٰ عليه(٥)،

= ﴿تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُولَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴿٢٢٩﴾ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ﴾ [البقرة: ٢٢٩، ٢٣٠].

(وعمومه يوجب وقوع طلاق المُكْرَه وغيره؛ إذ ليس في اللفظ دلالة على الفرق بينهما)، كما قال الجصاص في الشرح ٥/ ٦.

(١) أخرج أبو داود: (والرجعة) بدل: (العتاق)(٢١٩٤)؛ والترمذي (١١٨٤)؛ وابن ماجه (٢٠٣٩)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٧/ ٣٤٠.

(٢) أورده ابن حجر في التلخيص الحبير، وقال: (... ذكره ابن أبي حاتم في العلل، عن أبي زرعة، وأنه واهٍ جداً) ٣/ ٢١٧، وقال الذهبي في تنقيح التحقيق عن الحديث: (قال البخاري: هذا منكر، لا يتابع عليه صفوان، ولا الغازي) ٢/ ٢٠٨. انظر: نصب الراية ٣/ ٢٢٢.

(٣) في أ (مفصلات)، وفي ج (معضلات)، والمثبت من م، (والمعنىٰ: أنه لا مخرج منهن، كأنها أبواب مبهمة عليها أقفال)، كما في المغرب ١/ ٣٩.

(٤) إلّا أن جمهور الفقهاء ذهبوا: إلى عدم وقوع طلاق المُكْرَه، فقال الدمشقي: (واختلفوا في طلاق المُكْرَه وإعتاقه: فقال أبو حنيفة: يقع الطلاق، ويحصل الإعتاق، وقال الثلاثة [مالك والشافعي وأحمد]: لا يقع إذا نطق به دافعاً عن نفسه)، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص٤١٧.

(٥) (المُغْمَىٰ عليه -بضم فسكون-: من عَرَض له ما أفقده الحسّ والإدراك والحركة مؤقتاً).

والمبرسم[١]، والمدهوش[٢]، والنائم، والمعتوه[٣]، والذي شرب الدواء مثل البنج[٤] وغيره، فتغير عقله، إذا طلق امرأته واحد من هؤلاء، لا يقع الطلاق.

[طَلَاقُ السَّكْرَان]

ولو أن السكران طلق امرأته، يقع الطلاق عند عامة العلماء[٥]، بخلاف ارتداده، فإنه لا يكون ارتداداً، وروي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: (طلاق السكران لا يقع)، وبه أخذ الطحاوي[٦].

وروي عن هشام، عن محمد: أن رجلاً لو أكره على الشرب فشرب حتىٰ سكر، واضطر إلى الشرب فشرب حتىٰ سكر، ثم طلق، أو أعتق، وقع طلاقه وعتاقه؛ لأن هذا وإن أكره عليه فقد ذهب عقله بيده، ولو أنه شرب فلم يوافقه فصدع فذهب عقله من الصداع [لا من النبيذ، فطلّق]، لا يكون طلاقه واقعاً.

---

(١) (المُبَرْسَم -بفتح السين، اسم مفعول-: هو لفظ معرب من البِرسام: المصاب بمرض البرسام: وهو التهاب يعرض للحجاب الذي بين الكبد والقلب، ويُعرف أيضاً بالجرسام، وقد يصاب المبرسم بارتفاع الحرارة، فيهذي)، معجم لغة الفقهاء (المبرسم).

(٢) المدهوش: من دُهِشَ دَهْشاً: تَحيَّر، وذهب عقله من وَلَهٍ أو فزع أو حياء)، المعجم الوسيط (دهش).

(٣) المَعْتُوه -من عَته-: (هو الناقص العقل)، كما في المغرب (عته)؛ وفي المعجم الوسيط: (نقص عقله من غير مَسّ جنون)(عته)؛ وفي معجم لغة الفقهاء: (المَعْتُوه: هو ناقص العقل، مختلط الكلام، فاسد التبرير، دون مسّ الجنون)(المعتوه).

(٤) البَنْج -بفتح الباء وسكون النون- (لفظ معرب)، يقال: بنَّجَه: خدره، (نوع من المخدرات، يستعمل في الطب)، المعجم الوسيط؛ معجم لغة الفقهاء (بنج).

(٥) (واختلفوا في طلاق السكران: فقال أبو حنيفة ومالك: يقع، وعن الشافعي قولان: أصحهما: يقع، وعن أحمد روايتان: أظهرهما: يقع، وقال الطحاوي، والكرخي، والمزني، وأبو ثور: إنه لا يقع)، كما في رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص٤١٦؛ وانظر: المراجع الآتية.

(٦) بل عبارة المختصر: (وطلاق السكران جائز عليه)، ص١٩١. وفي الشرح نقل قول عثمان: (أنه لا يجوز طلاق السكران) ٥/ ١٤.

وطلاق المُكْرَه وعِتاقُه، ونكاحه، وهبته، ونذره، كل ذلك جائز عند علمائنا رحمهم الله تعالى[١]، وقال الشافعي: لا يجوز[٢].

وأجمعوا: أن إسلام المكره جائز، (وأجمعوا: أنه إذا أكره على الردة فَارْتَدَّ وقلبه مطمئن بالإيمان لا يكفر)[٣]، وأجمعوا: أنه إذا أُكْرِه على الإقرار بالطلاق، لا ينفذ إقراره[٤].

[طلاق السنة]

قال: (**ومن أراد أن يطلق زوجته: وهي ممن تحيض، وقد دخل بها، [فينبغي له أن يطلقها] وهي طاهرة من غير جماع**)[٥].

---

(١) والدليل على صحة طلاق السكران: آية الطلاق المذكورة آنفاً في طلاق المكره، (وهو عام في السكران وغيره)، وكذا حديث: (لا قيلولة في الطلاق).

وقوله صلىٰ الله عليه وسلم: (ثلاث جدّهنّ جد، وهزلهنّ جد) [أبو داود (٢١٩٦)؛ الترمذي (١١٨٤)؛ ابن ماجه (٢٠٣٩)]، (يدل على ذلك أيضاً؛ لأنه عليه الصلاة والسلام، سوَّىٰ بين الجاد والهازل، مع وجود الإرادة من أحدهما في إيقاع حكم اللفظ، وعدمها من الآخر، مع كونهما من أهل التكليف، وهذا المعنىٰ موجود في السكران)، كما في شرح الجصاص ٥/ ١٤، ١٥.

(٢) انظر: المهذب ٤/ ٢٧٩؛ الروضة ٨/ ٢٣؛ المنهاج ص ٤١٦.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٤) انظر اختلاف العلماء في طلاق المكرَه وسائر تصرفاته: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص٤١٧، ٤١٨.

(٥) مختصر الطحاوي ص ١٩١؛ (وذلك لقول الله عز وجل: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]

وحديث ابن عمر، حيث طلق زوجته وهي حائض، فقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (مُرْه فليُراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر من حيضتها هذه، ثم تحيض حيضة أخرىٰ، فإذا طهرت، فليطلقها قبل أن يجامعها، فإنها العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء) [البخاري (٥٢٥٢)؛ ومسلم (٣٧٢٥)]. انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ١٧؛ شرح الوقاية ٣/ ٥٥.

حَسن الطلاق ما يوافق الكتاب والسنة، وما وافق الكتاب والسنة نوعان: حسن، وأحسن.

والنساء على ضربين: حاملات وحايلات: والحاملات على صنفين: من ذوات الأقراء، ومن ذوات الأشهر، وكل صنف على صنفين: حرائر، وإماء.

[أحسن الطلاق]

أمّا أحسن الطلاق في الحرائر إن كانت من ذوات الأقراء: أن يطلقها تطليقة واحدة في طهر لا جماع فيه -ولا طلاق ولا في [حيضها] المتقدم جماع ولا طلاق- ثم يتركها حتى تنقضي عدتها إن لم يراجعها، وانقضاء عدتها: بثلاث حِيَض.

ولو كانت من ذوات الأشهر: فإنه يطلقها تطليقة واحدة في غُرَّة الشهر، أو في أيّ وقت شاء، ثم يتركها حتى تنقضي عدتها إن لم يراجعها، وانقضاء عدتها: بمضي ثلاثة أشهر.

ولو كانت حاملاً يطلقها في غرة الشهر، أو في أي وقت شاء، ثم يتركها حتى تنقضي عدتها إن لم يراجعها، وانقضاء عدتها: بوضع الحمل.

[حسن الطلاق]

وأما الحسن: بأن يطلقها تطليقة في طهر لا جماع فيه على ما ذكرنا، ثم إذا حاضت وطهرت طَلَّقها تطليقة أخرىٰ، ثم إذا حاضت وطهرت يطلقها تطليقة أخرىٰ، فقد وقعت عليها ثلاث تطليقات، وانقضت من عدتها حيضتان، فإذا حاضت حيضة أخرىٰ فقد انقضت عدتها.

ولو كانت من ذوات الأشهر: فإنه يطلقها تطليقة واحدة على ما ذكرنا، ثم إذا مضىٰ شهر طَلَّقَها أخرىٰ، ثم إذا مضىٰ شهر طَلَّقَها أخرىٰ، فوقعت عليها ثلاث تطليقات، ومضت من عدتها شهران، فإذا مضىٰ شهر آخر فقد انقضت عدتها[1].

---

(١) ووضّح أبو الليث هذه الأنواع بقوله: (الطلاق على ثلاثة أوجه: طلاق العدة: وهو =

ولو كانت حاملاً فكذلك أيضاً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف: يطلقها ثلاثاً للسنة، ويفصل بين الطلاقين بشهر، وقال محمد وزفر: الحامل لا تطلق للسنة إلا واحدة، هذا إذا فرق في الإيقاع.

ولو قال لها: أنتِ طالق ثلاثا[١] للسُّنَّة، [يقع تطليقة في طهر لا جماع فيه، ثم إذا حاضت وطهرت، وقع عليها أخرىٰ، ثم إذا حاضت وطهرت، وقع عليها أخرىٰ.

وإن كانت من ذوات الأشهر][٢]: يقع عليها تطليقة في الحال، ثم إذا مضىٰ شهر وقعت أخرىٰ، ثم إذا مضىٰ شهر وقعت أخرىٰ.

ولو كانت حاملاً فكذلك على قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وتنقضي عدتها بوضع الحمل، وقال محمد وزفر: يقع عليها في الحال واحدة، ولا يقع عليها أخرىٰ؛ لأن الحامل لا تطلق للسنة إلا واحدة عندهما.

ولو قال لها: أنت طالق ثلاثـاً للسُّنَّة، ثم قال: عنيت الوقوع جملة، يقع / [٢٢٩-ب] عندنا، وعند زفر: لا يقع.

ولو قال: أنت طالق للسنة ولم يقل ثلاثـاً: إن كانت من ذوات الأقراء يقع عليها إذا صادف الوقت ووقته طهر لا جماع فيه على ما ذكرنا، وإن لم يصادف الوقت، فلا يقع إلى أن يصادف الوقت، فإذا صادف يقع.

ولو كانت من ذوات الأشهر: إذا كانت حاملاً فإنه يقع عليها تطليقة واحدة حال ما تلفظ به[٣].

= الأحسن، وطلاق السُّنَّة: وهو الحسن، وطلاق البدعة)، ثم ذكر كل وجه بالتفصيل مع الأمثلة لذلك. خزانة الفقه ص١١٤.

(١) في م (أنتِ طالق للسنة).

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ، ج، وزيدت من م.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٩٢، ١٩٣؛ شرح مختصر الطحاوي ٥/ ١٦-٢٠؛ شرح الوقاية ٣/ ٥٥ - ٥٧.

[إيقاع طلقة ثم مراجعتها، ثم أراد أن يطلقها للسنة]

ولو طلق امرأته تطليقة واحدة في طهر لا جماع، ثم راجعها بالقول، فأراد أن يطلقها للسنة في ذلك الطُّهْر، كان له ذلك في قول أبي حنيفة وزفر، وفي قول أبي يوسف: ليس له أن يطلقها للسنة في هذا الطهر، وقول محمد مضطرب، ذكر الطحاوي قوله [مع أبي حنيفة، وذكر الفقيه أبو الليث قوله] مع أبي يوسف[(١)].

وكذلك هذا الاختلاف (إن راجعها بالقُبْلَة، أو بالمَسّ عن شهوة، أو نظر إلى فرجها لشهوة)[(٢)]، ولو راجعها بالجماع، فليس له ذلك بالإجماع؛ لأن هذا طهر فيه جماع، وليس له أن يطلقها في طهر قد جامعها فيه بالاتفاق.

ولو راجعها بالجماع وأعلقها، له أن يطلقها أخرىٰ في قول أبي حنيفة وزفر، وفي قول أبي يوسف: ليس له أن يطلقها للسنة في هذا الطهر حتى يمضي شهراً من التطليقة الأولىٰ، هكذا ذكرها الكرخي في مختصره.

وكذلك قال أيضـاً: إذا طَلَّقها وهي ممن تحيض ثم أيست، فله أن يطلقها أخرىٰ حين تيأس في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف: لا يطلقها حتى يمضي شهر، ولم يذكر قول محمد.

ولو طَلَّقها في حالة الحيض وهي مدخول بها، ثم راجعها، ثم أراد أن يطلقها في الطُّهْر الذي عقيب هذا الحيض، له ذلك في قول أبي حنيفة وزفر، وفي قول أبي يوسف: ليس له ذلك، وقول محمد مضطرب كما ذكرنا.

ولو قال لامرأته وهو آخذ بيدها لشهوة: أنت طالق ثلاثـاً للسنة؛ قال أبو حنيفة: يقع عليها ثلاثـاً للسنة تباعـاً؛ لأنه لما لمس صار مراجعـاً لها فوقعت أخرىٰ للسنة، وكذلك الثالثة، وفي قول أبي يوسف: يقع عليه واحدة للسنة، والطلقتان الباقيتان

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٩٢.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

يقعان في الطهرين الباقيين، وقول محمد مضطرب كما ذكرنا، هذا كله إذا كان الزوج حاضراً[1].

[طَلاقُ الغَائِبِ للسُّنَّة]

وأما إذا كان غائباً فأراد أنْ يطلقها للسنة واحدة، فإنه يكتب إليها: إذا جاءك كتابي هذا ثم حضتِ ثم طهرتِ فأنت طالق.

وإن أراد أن يطلقها ثلاثاً للسنة يكتب إليها: إذا جاءك كتابي هذا ثم حضتِ ثم طهرتِ فأنت طالق، ثم إذا حضتِ وطهرتِ فأنت طالق، ثم إذا حضتِ وطهرتِ فأنت طالق.

وقال محمد في [الرقيات][2]: يكتب إليها كتاب: إذا جاءك كتابي هذا فعلمت ما فيه ثم حضتِ وطهرتِ فأنت طالق، وتلك الرواية أحوط.

[الطَلاَقُ البِدْعِيّ]

والجمع بين التطليقتين والثلاث بدعة، سواء كانت المرأة مدخولاً بها أو غير مدخول بها، والمرأة ممن تحيض أو [ممن] لا تحيض.

وكذلك لو طَلَّقَها تطليقتين أو ثلاثاً على التفاريق في طهر واحد، والإيقاع في طهر قد جامعها فيه، مكروه إذا كانت المرأة من ذوات الأقراء.

وإن كانت [المرأة] ممن لا تحيض من صِغَر أو كِبَر، فإنه يطلقها في أي وقت شاء في قول أصحابنا الثلاثة، وفي قول زفر: لا يطلقها حتى يمضي شهر بعد ما جامعها.

والطلاق في حالة الحيض مكروه للمدخول بها، ويؤمر بأن يراجعها ولا يجبر عليها، وغير المدخول [بها] لا يكره، والأمة إذا أعتقت فلا بأس بأن تختار نفسها

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص١٩٢، ١٩٣.

(٢) في أ، ج (الروايات) والمثبت من م.

وهي حائض، وكذلك الصغيرة إذا أدركت، وكذلك إذا مضىٰ أجل العِنِّين وهي حائض. ذكر هذه الفصول في العيون(١).

والخلع في حالة الطُّهْر غير مكروه بالإجماع، والطلاق البائن فيه روايتان: في رواية كتاب الطلاق: يكره، وفي رواية الزيادات: لا يكره؛ لأنه يشبه الخلع، هذا إذا كانت المرأة حرة.

وأما/ حكم الأمة: فهو على هذا التفصيل في الفصول كلها، إلاّ أن طلاق الأمة [٢٣٠-أ] ثنتان، وعدتها حيضتان إذا كانت من ذوات الأقراء، وإن كانت من ذوات الأشهر فعدتها شهر ونصف.

[مراجعة الرجعية]

فإذا طلق امرأته طلاقاً(٢) رجعياً، فله أن يراجعها ما دامت في العدة، والرجعة

---

(١) وقد لخَّصَ أبو الليث (طلاق البدعة على أربعة أوجه:

أن يطلقها بكلمة واحدة، أو يطلقها في حال الحيض، أو في طهر وقد جامعها فيه، إلا أن تكون حاملاً، أو طلقها أكثر من ثلاث)، خزانة الفقه ص١١٤.

(٢) باستعمال ألفاظ الطلاق الرجعي، كما قال الجصاص: (وإذا طلقها بأن قال لها: أنت طالق، أو قد طلَّقْتُك، فإنه يملك رجعتها ...)، ص ١٩٢.

وذلك لقول الله عز وجلّ: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١]، والمراد: إذا قاربن من بلوغ الأجل؛ حيث لا خلاف أنه لا رجعة بعد انقضاء العدة. انظر: أحكام القرآن للجصاص ١/ ٢٧٨.

وما روي عن عمر رضي الله عنه: أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم (طَلَّق حفصة وراجعها)، [أبو داود (٢٢٨٥)؛ والنسائي (٣٥٦٠)؛ وابن ماجه (٢٠١٦)؛ والحاكم في المستدرك، وسكت عنه الذهبي ٤/ ١٦].

وكذلك حديث ابن عمر المشهور: (مُرْه فليُراجعها)، [البخاري (٥٢٥٢)؛ ومسلم (٣٧٢٥)].

فإن انقضت العدة، لم يملك رجعتها؛ لقوله عز وجل: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ =

على ضربين: سُنيَّةٌ، وبِدْعِيَّةٌ:

فالسنية: أن يراجعها بالقول ويُشْهِد على رجعتها، ويعلمها ذلك[(١)].

ولو راجعها بالقول ولم يشهد، وأشهد ولكن لم يعلمها، كان مخالفاً لِلسُّنَّة.

ولو راجعها بالفعل كما إذا جامعها[(٢)]، أو مَسَّهَا لشهوة، أو قَبَّلَهَا عن شهوة، أو نظر إلى فرجها بشهوة، صار مراجعاً عندنا، ويكره له ذلك، وعند الشافعي: لا يصير مراجعها به، ولو نظر إلى سائر أعضائها لشهوة لا يصير مراجعاً[(٣)].

= أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾[البقرة: ٢٣٢]، فلو ملك رجعتها، لما نهىٰ الأولياء عن عضلهنّ عن النكاح.

فإن طلقها قبل الدخول، لم يملك الرجعة؛ لقوله عز وجل: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾[البقرة: ٢٣١]، حيث علّق الرجعة على الأجل، فدلّ على أنها لا تجوز من غير أجل. انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٢٠، ٢١؛ المهذب ٤/ ٣٧٤.

(١) وذلك لقول الله عز وجل: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[الطلاق:٢].

(٢) وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ ﴾[البقرة: ٢٢٨]، (والجماع ردٌّ منه لها إلى حال التبقية على النكاح؛ لأن عقد النكاح يختص بإباحة الوطء والاستمتاع، فصار ذلك ردًّا لها إلى النكاح)، كما قال الجصاص في الشرح ٥/ ٢٣.

وأيضاً قوله صلىٰ الله عليه وسلم في حديث بريرة: (إن وطئك، فلا خيار لك)، فجعل رضاها بالوطء، بمنزلة قولها: قد رضيت بالبقاء على النكاح؛ إذ كان الوطء مختصًّا بالنكاح، لا يصح استباحته إلا من هذا الوجه)، كما قال الجصاص في الشرح ٥/ ٢٣.

(٣) انظر: المهذب ٤/ ٣٧٦؛ المنهاج ص ٤٢٩.

[الطَّلاَقُ باعْتِبَارِ الوُقُوعِ]

ثم الطلاق ثلاثة: مُرْسَلٌ، ومُضَافٌ إلى وقت، ومُعَلَّق بالشرط:

فالمُرْسَل: يقع من ساعته سواء كان سُنِّيًا أو بِدْعِيًّا.

والمضاف إلى وقت، كما إذا قال: أنتِ طالق غداً أو رأس الشهر، أو يوم الجمعة، وما يشاكلها، لا يقع إلا بوجود الوقت.

والمُعَلَّق بالشرط هو أن يقول: أنت طالق إن دخلت الدار، وإن كَلَّمْتِ فلاناً، لا يقع إلا بوجود الشرط.

[تَأْثِيرُ المِلْك فِي الطَّلاَقِ]

ثم الطلاق لا يَصِحُّ إلا في المِلك، أو مضافاً إلى المِلك، أو في علقة من علائق الملك: وهي العِدَّة، يعني إذا طلق امرأة أجنبية لا يقع، وكذلك لو تزوجها بعد ذلك لا يَقَعُ ذلك الطلاق، ولو قال لها: إن تزوجتكِ فأنت طالق، فتزوجها، يَقَعُ الطلاق.

ولو طَلَّق امرأته وهي مدخول بها، ثم طلقها ثانياً بصريح الطلاق وهي في العدة، وقع الطلاق، إلا إذا كانت معتدة عن التفريق بعدم الكفاءة، أو بخيار الإدراك، لا يقع عليها الطلاق وإن كانت في العدة. [والله أعلم][1].

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٨٩.

باب صريح الطلاق وغيره

قال أبو جعفر رحمه الله تعالىٰ: (**ونفتي المطلق لزوجته قبل دخوله بها: أن يمَتِّعَها، [ونحضُّه]**[١] **علىٰ ذلك، ولا نجبره عليه، كما نجبر المطلق قبل الدخول بها ولم يسم لها صداقًا**)[٢].

المُتْعَةُ[٣] مستحبة: لكل مطلقة، والأفضل للزوج: أن يمتعها بشيء، وذلك على قدر حال الزوج، سواء دخل بها أو لم يدخل بها، سَمَّىٰ في العقد المهر أو لم يُسَمِّ لقوله تعالىٰ: ﴿مَتَٰعًا بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٦].

ولا تجب المتعة إلا في فصل واحد: وهو أن يطلق امرأته قبل الدخول بها ولم يسم لها مهراً، وهي مقدرة بثلاثة أثواب: درع، وخمار، ومِلْحَفَة[٤]، وإنما يعتبر

---

(١) في المخطوطات: (نحثه)، والمثبت من المطبوع والشرح.

(٢) مختصر الطحاوي ص١٩٤.

(٣) المتعة من التمتع بالشيء: الانتفاع به، ويقال: تمتعت أتمتع تمتعـًا.

(ومتعة الطلاق من ذلك، ومتَّعْت المطلقة بكذا: إذا أعطيتها إياه؛ لأنها تنتفع به، وتتمتع به)، كما في المصباح (متع).

وتنقسم إلى قسمين: المتعة المستحبة: ما يعطيه الزوج لمن طلقها زيادة على الصداق؛ لجبر خاطرها المنكسر بألم الفراق.

والمتعة الواجبة: ما يعطيه الزوج لمن طلقها قبل الدخول بها، ولم يسمِّ لها مهراً، ووضح ذلك المؤلف رحمه الله تعالىٰ كما يأتي.

(٤) (ودِرْع المرأة: ما تلبسه فوق القميص، وهو مذكر، وعن الحلواني: هو ما جيبه إلى الصدر.

والقميص: ما شَقُّه إلى المنكب، ولم أجده في كتب اللغة)، كما قال المطرزي في المغرب (درع).

(المِلْحَفَة -بالكسر-: هو المُلاَءَةُ التي تلتحف بها المرأة)، المصباح (لحف). =

ذلك على حسب حال الرجل في اليسار والإعسار عند بعضهم، ولكن الأَصَحّ: أن يعتبر على قدر محال المرأة في اليسار والإعسار، كما إن مهر المثل يعتبر بحالها.

[العبارات الدالة على الطلاق الرجعي]

قال: (**ومن قال لزوجته وقد دخل بها: أنتِ طالق، أو أنتِ واحدة، أو اعتَدِّي أو استَبْرِئي رَحِمَك وأراد به الطلاق: فهي تطليقة يملك بها الرجعة عليها**)[١].

المُحَرَّمَات على درجات: منها: ما تقع الحرمة بينهما حرمة مُؤَقَّتَةٌ من غير طلاق: كحرمة الحيض إلى وقت الطهر، وحرمة الظهار مؤقتة بالكَفَّارَة.

ومنها: حرمة مُؤَبَّدَةٌ: كحرمة المُصَاهَرَة، وحرمة الرَّضَاع، وحرمة اللِّعَان على قول أبي يوسف، وعلى قول أبي حنيفة ومحمد: إذا أكْذب نفسه فهو مخاطب من الخُطَّاب.

ومنها: حرمة الطلاق، فهي على درجتين: قوية، وضعيفة:

فالقوية: هي التي لا ترتفع إلا بزوج جديد وعقد جديد، كالمطلقة ثلاثاً.

والضعيفة: هي التي ترتفع بعقد جديد دون زوج جديد، كما إذا طَلَّقَها بائناً، أو طلقها قبل الدخول بها، أو بعد الدخول بها وانقضت عدتها.

والطلاق على ضربين: رجعي[٢]، وبائن.

= (الخِمار وجمعه خُمُر: من الستر، ومنه: الخمار: وهي ما تغطي به المرأة رأسها، وقد اختمرت وتخمّرت: إذا لبست الخمار، والتخمير التغطية)، المغرب (خمر).

(١) مختصر الطحاوي ص١٩٤.

(٢) الرجعي من الرَّجعة: وهي عبارة عن ارتجاع المطلق مطلقته على حكم النكاح الأول، وهي تثبت في كل مطلقة بصريح الطلاق بعد الدخول، ما لم يتوقف عدد الطلاق عليها، ولم يحصل في مقابلة طلاقها عوض، ويعتبر بقاؤها في العدة. انظر: الجوهرة ١/ ٦٤. =

فالرجعي: إنما يقع بأربعة ألفاظ: بصريح لفظ الطلاق، وهو قوله: أنتِ طالق، وما اشتق منه، وقوله: أنتِ واحدة، واعتَدِّي / واسْتَبْرِئي رَحِمك، ففي هذه الأربع يقع رجعياً[١]، إلاّ أن حكمه مختلف: [٢٣٠-ب]

ففي قوله: أنتِ طالق لا يحتاج إلى النيّة، ولا يقع أكثر من واحدة، وإن نوىٰ أكثر من ذلك لا يكون في ظاهر الرواية، وروي عن أبي حنيفة أنه قال: إذا نوىٰ ذلك ثلاثـاً فثلاث، وبه قال الشافعي[٢].

ولو قال: أنت طالق الطَّلاَق، أو طَالِقٌ طَلاَقـاً، فإن نوىٰ واحدة، أو اثنتين أو لم تكن له نية، فواحدة، وإن نوىٰ ثلاثـاً فثلاث، وإن نوىٰ ثنتين على التقسيم: هو أن يقول: عنيت بطالق واحدة، وبالطلاق أو طلاقـاً أخرىٰ، فيصدق، وتكون اثنتين.

ولو قال: أنت واحدة، أو قال: اعتدي، أو استبرئي رَحِمك[٣]، لا يقع الطلاق إلا بالنيّة، لا مكنىً في اللفظ، فإذا نوىٰ الطلاق تقع واحدة رجعية، وإذا نوىٰ اثنتين أو ثلاثـاً، وقعت واحدة لا غير، وتكون رجعية.

= والطلاق الرجعي: أن يطلقها طلقة أو طلقتين، ما لم تمض عدّتها، فإذا مضت عدّتها، انقلبت إلى بائن.

(١) والدليل عليه: قول الله عز وجل: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وقال تعالىٰ: ﴿وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١]، وقال تعالىٰ: ﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖۚ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، ثم قال: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، (فأثبت تعالىٰ الرجعة في إيقاع ما دون الثلاث؛ إذ كان موقَعـاً بصريح اللفظ). شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٥٤.

(٢) انظر: المنهاج ص ٤١٧؛ الروضة ٨/ ٢٣.

(٣) (وما جرىٰ مجرىٰ ذلك؛ فإن هذه الألفاظ ليست كناية عن الطلاق نفسه، وإنما الطلاق مدلول عليه باللفظ ...، وغير ملفوظ به، ولا بما هو كناية عنه). شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٥٢. انظر: شرح فتح القدير ٤/ ٦٣.

[ألفاظ الطلاق البائن]

وأما البائن(١): فإنما يقع بغير هذه الألفاظ الثلاثة، وتلك الألفاظ على درجات: منها: كنايات الطلاق، ومنها: مدلولات الطلاق.

فأما ألفاظ الكنايات فثمانية: قوله: أنتِ عَلَيَّ حَرَام، أو بَائِنٌ، أو بَتَّة، أو خَلِيّة، أو بَرِيَّة، وأمرك بيدك، واختاري، واعتدي، واستبرئي رَحِمَكِ، في معنىٰ قوله اعتدي.

والأحوال التي يتكلم بها فيها أحوال ثلاثة: حال مذاكرة الطلاق، وحال الرضا، وحال الغضب.

أما إذا تكلم بهذه الألفاظ الثمانية في حال مذاكرة الطلاق فقال: لم أرد به الطلاق، فإنه لا يصدق في الكل(٢).

ولو تَكَلّم بها في حالة الرضا، فإنه يُسَأَل عن نيته، فإن نوىٰ الطلاق وقع، وإن لم ينوِ لا يقع، ويصدق في الكل أنه لم ينو.

ولو تكلم بها في حال الغضب: ففي خمسة ألفاظ يصدق، إذا قال لم أرد به الطلاق: وهي قوله: أنتِ عَلَيَّ حرام، أو بائن، أو بَتّة، أو خَلِيّة، أو بَرِيَّة.

---

(١) البائن من البينونة: (وبان الشيء عن الشيء: انقطع عنه وانفصل، بينونةً وبيوناً)، المغرب (بين)، (وبانت المرأة بالطلاق، فهي بائن -بغير هاء-، وأبانها زوجها -بالألف-، فهي مبانة)، كما في المصباح (بين)، (والطلاق البائن: هو الطلاق الذي لا يحق للزوج إعادة الزوجة إليه فيه، إلاّ بعقد جديد، وهي على نوعين:

بينونة صغرىٰ: وهي التي تكون بعد انتهاء العدة، بعد طلقة أو طلقتين.

بينونة كبرىٰ: وهي التي تكون بعد الطلقات الثلاث)، معجم لغة الفقهاء (بين).

(٢) (نحو أن تقول له: طلقني، فأجابها بشيء من هذه الألفاظ؛ وذلك لأن دلالة الحال في مثل ذلك، قائمة مقام النطق به). شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٥٦.

ولا يصدق في الألفاظ الثلاثة: وهي قوله: أمركِ بيدكِ، واختَارِي، واعتَدِّي، واستَبْرئي رَحِمَك في معنىٰ قوله اعتدي.

ثم في هذه الألفاظ(١) كلها إنما يقع الطلاق بقول الزوج، رَضِيَتْ أم سخطت، إلا في قوله: اختاري، وأمرك بيدك، فلا يقع الطلاق إلا باختيارها نفسها.

ثم في هذه الألفاظ إذا نوىٰ واحدة، أو نوىٰ الطلاق دون العدد، كانت واحدة، ولو نوىٰ ثلاثـًا كانت ثلاثـًا، ولو نوىٰ ثنتين كانت واحدة في قول علمائنا الثلاثة، وعند زفر: اثنتين.

إلا في قوله: اعتدي، واستبرئي رَحِمك، وأنت واحدة، فإنه إذا نوىٰ الثلاث لا يكون ثلاثـًا، وإذا وقع به الطلاق يكون رجعيـًا، إلاّ في قوله اختاري نفسك، [فإنه لا يقع به إلاّ واحدة بائنة](٢)، بخلاف قوله: أمرك بيدك، إذا نوىٰ الثلاث كان ثلاثـًا(٣).

[مَدْلُوْلاتُ الطَّلاَقِ]

وأما مدلولات الطلاق: هو مثل قوله: اذهبي، وقومي، وتقنعي، وتخمري، واستبرئي [رَحِمك]، وألحقي بأهلك، وحبلك على غاربك، لا سبيل لي عليك، لا نكاح بيني وبينك، لا مِلك لي عليك، وما شاكلها كلها، فإنه إذا نوىٰ الطلاق بهذه الألفاظ وقع الطلاق بها بائنـًا، فإن نوىٰ الثلاث كان ثلاثـًا، وإن نوىٰ اثنتين تكون واحدة على الاختلاف.

---

(١) وقال الجصاص -بعد ذكر ألفاظ الطلاق البائن-: (وإنما كان سائر الألفاظ التي ذكرها -بائنـًا غير اعتدي-؛ لأن الرجل يملك إبانتها، ويقطع ما بينه وبين الزوجية ...) ٥/ ٥٦.

(٢) هنا في أ (لا يكون رجعيـًا)، وفي م (وإن نوىٰ به الثلاث فإنه لا يكون ثلاثـًا)، والمثبت من المختصر المطبوع، وشرح المختصر ٥/ ٥٨، وحتى قال الجصاص تأكيداً: (ولا يقع به أكثر من واحدة).

(٣) انظر: خزانة الفقه ص١١٦ - ١١٨.

وإن قال: لم أرد به الطلاق، أو لم تحضره النية، لا يكون طلاقاً سواء كان في حالة الرضا، أو في حال مذاكرة الطلاق، أو في حال الغضب، هذا في ظاهر الرواية[(١)].

[أَلْفَاظٌ يَقَعُ بِهَا الطَّلَاقُ وأَلْفَاظٌ لاَ يَقَعُ بِهَا]

وروىٰ الطحاوي عن أبي يوسف أنه إذا قال: (خليتُ سبيلك، أو لا مِلْك لي عليك، أو لا سبيل لي عليك، إنها بمنزلة الخمس التي يقع الطلاق بها)[(٢)]، يعني مثل قوله: أنتِ عَلَيَّ حرام، أو بَائِنٌ، أو بَتَّةٌ، أو خَلِيَّةٌ، أو بَرِيَّةٌ[(٣)].

وَروي عن أبي يوسف أنه قال: إذا قال: قد فارقتك، وقد [خلعتك][(٤)]، بمنزلتهنّ أيضـاً.

ومنها ألفاظ لا يقع بها الطلاق وإن نوىٰ الطلاق، كما إذا قال: بارك الله عليك، أو أطعميني، أو اسقيني، فإنه/ لا يقع الطلاق[(٥)]. [٢٣١-أ]

---

(١) (فإن هذه الألفاظ قد تحتمل معاني غير الطلاق، مع ذكر الطلاق والغضب: وهو الإقصاء، والإعراض، بأن يقول لها: أخرجي: على جهة الطرد والإبانة، واستتري: يريد به الإعراض عنها في ترك النظر إليه، فَصُدِّقَ من أجل احتمال اللفظ لذلك على ما أراد)، كما قال الجصاص في شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٦٠.

(٢) وفي المختصر: (إنها بمنزلة الخمس التي أوقع أبو حنيفة رضي الله عنه الطلاق فيها)، ص ١٩٥.

(٣) الألفاظ التي تطلق بها في الحال مع السكوت: (ستة ألفاظ إذا خاطب بها، طلقت في الحال مع السكوت: ١- قوله: أنت طالق بمكة، طلقت في الحال أينما كانت. ٢- أنت طالق في الدار. ٣- أنت طالق في البيت. ٤- أنت طالق مالم أُطلّقك. ٥- أنت طالق متىٰ لم أُطلّقك. ٦- أنت طالق كلما لم أُطلّقك. (إلاّ في كلّما تطلق ثلاثـاً، واحدة بعد أخرىٰ متواليات، إذا لم يكن مدخولاً بها)). كما في خزانة الفقه ص١١٩.

(٤) في أ (خلفتك) والمثبت من م، والمختصر ص ١٩٥.

(٥) مختصر الطحاوي ص١٩٦.

[ألفاظ وقع فيها الاختلاف]

ولو قال: اذهبي، وكلي، أو قال: اذهبي وبيعي الثوب، ونوىٰ الطلاق بقوله اذهبي، فقد ذكر الاختلاف بين أبي يوسف وزفر: في قول أبي يوسف: لا يكون طلاقاً، وفي قول زفر: يكون طلاقاً، ذكره في اختلاف زفر ويعقوب.

ولو قال لها: أنتِ عَلَيَّ حَرَامٌ ونوىٰ الطلاق، فالقول فيه ما ذكرنا، ولو نوىٰ به اليمين أو لم[1] ينو، فإنه يكون إيلاء، وإن نوىٰ به الكذب فهو كذب في ظاهر الرواية، ولا يكون إيلاءً، وذكر الطحاوي والكرخي في مختصريهما: أنه لا يصدق في إبطال الإيلاء في القضاء، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالىٰ[2].

[حِلِّيَّة المطَلَّقة ثلاثـًا للزوج الأول]

قال: **ومن طلق زوجته (ثلاثـًا في كلمة واحدة، وقد دخل بها أو لم يدخل بها، لزمه ذلك، وحرمت عليه[3] المطلقة)[4]** ثلاثـًا، لا تحل لزوجها الأول لا بنكاح ولا بملك يمين، حتىٰ تتزوج بزوج آخر ويدخل بها الثاني[5]، سواء كان الزوج بالغـًا

---

(١) في م (أو لم تكن له نيّة).

(٢) انظر: باب الإيلاء في مختصر الطحاوي ص٢٠٨ وما بعدها.

(٣)، وعبارة المختصر: (ومن قال لامرأته: أنت طالق وطالق وطالق، فإن كان مدخولًا بها، كانت طالقـًا ثلاثـًا، وإن كانت غير مدخول بها، بانت منه بالأولىٰ منهنّ، وبطلت الباقيتان). انظر: مختصر الطحاوي ص ١٩٧؛ شرح المختصر ٥/ ٦١.

(٤) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٥) (والدليل على وقوع الثلاث على المدخول بها في الطهر الواحد: قول الله عز وجل: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٍۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وظاهره يقتضي وقوع الثلاث في الطهر الواحد: بأن تطلق ثنتين، ثم واحدة.

فإن قيل: هذا محمول على قوله تعالىٰ: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١].

قيل له: نستعمل الآيتين جميعـًا، فنقول: إن المأمور به: هو الإيقاع للعدة بهذه الآية، =

أو غير بالغ، مجنونـاً كان أو غير مجنون، إذا كان يجامع مثله، فإذا التقىٰ الختانان وغابت الحشفة، ثم بانت من زوجها الثاني، وانقضت عدتها، حَلَّتْ لزوجها الأول.

ولو خلا بها الزوج الثاني أو مات عنها، لا تحل للأول؛ لأن الخلوة والموت أعطيا حكم الدخول في حكم إيجاب المهر والعدة، لا غير.

ولو وطئها الزوج الثاني وهي حائض، أو نفساء، أو هو صائم، أو هي صائمة فرضـاً أو قضاء فرض، فإنها تَحِلُّ لزوجها الأول، وإن كان الزوج الثاني عاصياً في فعله، ولو تزوجها الثاني نكاحـاً فاسداً، ودخل بها أو لم يدخل بها، فإنها لا تَحِلُّ لزوجها الأول.

ولو كان الزوج الثاني عِنِّيناً، فإنها تحل للزوج الأول إذا كان مثله يجامع، وإن كان مَجْبُوبـاً فإنها لا تحل للزوج الأول؛ لأن المجبوب يجامع بالملاصقة، ولا تحل للأول إلاّ بالإيلاج من الثاني في الفرج خاصة، وحتىٰ يجاوز الختانُ الختانَ.

وإن حبلت المرأة من المجبوب وولدت، حَلَّتْ للأول، وكانت مُحْصَنَةً لهذا في قول أبي يوسف، وفي قول زفر: لا تحل للأول ولا تصير محصنة، وهو قول الحسن بن زياد، وذكره الكرخي في مختصره.

= فإن لم يفعل وطلَّق لغير العدة، جاز بالآية الأخرىٰ ....

ومن جهة النظر: أن الزوج قد ملك الثلاث بعقد النكاح، فمن حيث ملك التفريق، وَجَبَ أن يملك الجمع، كما أنَّ له تزويج أربع نسوة متفرقات، جاز له أن يجمعهن في عقدة ...). كما في شرح المختصر ٥/ ٦٢، ٦٣.

(وأما إيقاع الطلاق الثلاث على غير مدخول بها: فهو أنه قد مَلَكَ الثلاث بعقد النكاح، وله إيقاعها مع بقاء الملك؛ إذ لا فرق بين الواحدة وبين الثلاث في أنه مالك للجميع، وإيقاعه صادف ملكـاً ...). المرجع السابق ٥/ ٦٥.

[اشْتِرَاطُ التَحْلِيْلِ فِي النِّكَاحِ]

ولو تزوجها وفي نيتها التحليل ولم يشترطا ذلك، فإنها تحل للأول بهذا، ولا يكره، وليست النية بشيء، ولو شرطا التحليل في النكاح الثاني، فإنه يكره للثاني أن يتزوجها بهذا الشرط، ويكره للزوج الأول أن يتزوجها أيضـًا، وأما في الجواز فقد اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال:

قال أبو حنيفة وزفر: يجوز النكاح للثاني، ويحل للأول أن يتزوجها أيضـًا(١).

وقال أبو يوسف: النكاح الثاني باطل، ولا تحل للأول.

وقال محمد: النكاح الثاني صحيح، ولا تحل للأول.

[خِيَارُ المَجْلِسِ فِي الطَّلَاقِ]

قال: (**ومن خَيَّر امرأته وجعل أمرها بيدها، فإن لها الخيار ما دامت في مجلسها، وإن مكثت يومـًا ما لم تقم، أو تأخذ في عمل آخر**)(٢).

المُخَيَّرة لها الخيار مادامت في مجلس العلم(٣)، فإذا قامت عن مجلسها قبل

---

(١) قال المرغيناني: (وإذا تزوَّجها بشرط التحليل، فالنكاح مكروه؛ لقوله صلىٰ الله عليه وسلم: (لعن الله المُحَلِّلَ، والمُحَلَّلَ له) [أبو داود (٢٠٧٦)؛ والترمذي (١١١٩)، وقال: حسن صحيح؛ وابن ماجه (١٩٣٥)]، وهذا هو مَحْمَلُه، فإن طلقها بعدما وطئها، حلت للأول؛ لوجود الدخول في نكاح صحيح؛ إذ لا يبطل بالشرط). الهداية ٣/ ٢٦٤ (دار السراج).

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٩٦؛ قال الجصاص: (الأصل في تعلق الخيار على المجلس: ما روي عن عمر، وعثمان، وعبد الله بن مسعود، وعبد الله بن عمر، وجابر بن عبد الله، في آخرين من التابعين، ولم يُروَ عن أحد من نظرائهم خلافه من وجه صحيح، فصار إجماعـًا من السلف ...)، ٥/ ٦٦.

(٣) ذكر الفقيه أبو الليث بأن (أربعة ألفاظ تقتصر على المجلس: وهي قوله لرجل: طلق امرأتي إن شئت. =

أن تختار نفسها، صارت مُعْرِضَةً؛ والإعراض يقطع حكم المجلس في باب الخيار، بخلاف سَجْدة التلاوة أنه إذا قرأها وهو قاعد ثم قام وقرأها في ذلك المكان، تكفيه سجدة واحدة؛ لأن المجلس واحد، وإنما يبطل هاهنا في باب الخيار بالإعراض عنه[(١)].

ولو اشتغلت بعمل [آخر] يعلم أنه يقطع لما كان قبله، بطل الخيار، ويكون ذلك إعراضـًا، كما إذا دُعِيَتْ بطعام لتأكل، أو اشتغلت بالنوم، أو امتشطت، أو اغتسلت، أو خَضَبَتْ، أو جامعها زوجها، أو خاطبت رجلاً بالبيع والشراء، فهذا كله إعراض، ويبطل خيارها.

ولو أكلت طعامـًا يسيراً، أو شربت شرابـًا يسيراً، أو نامت قاعدة، أو لبست ثيابـًا من غير أن تقوم، أو فعلت فعلاً قليلاً، ما تعلم أن ذلك ليس بإعراض، فإنه لا يبطل خيارها.

ولو قالت: اُدْعُ لي أبي استشير في ذلك، أو قالت: / اُدْعُ لي شُهُوْداً أُشْهِدُهُمْ [٢٣١-ب] على اختياري نفسي، فهي على اختيارها[(٢)].

= وقوله لزوجته: طلِّقي نفسك، واختاري، أمرك بيدك.

باللفظ الأول إذا طلقها، يقع واحدة رجعية، وفي التخيير إذا اختارت نفسها، يقع واحدة بائنة من غير نيَّة، ولا يقع أكثر من واحدة وإن نوىٰ، وفي الأمر باليد، يقع ما نوىٰ، إلاّ أنه إذا نوىٰ اثنتين، تقع واحدة، ولا بدّ من ذكر النفس في كلامه، أو كلامها). خزانة الفقه ص١٢٢.

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٦٧.

(٢) كما ذكر الفقيه أبو الليث في باب المشيئة في الطلاق: الألفاظ التي لا تقتصر على المجلس، فقال: (اثنا عشر لفظـًا إذا جعل الرجل أمرها بيدها، أو بيد غيرها لا يقتصر على المجلس:

١- قول الرجل لآخر: طلق امرأتي. ٢- وقوله الزوجة: طلقي نفسك مني متىٰ ما شئت. ٣- وأنت طالق إذا ما شئت. ٤- أو وقت ما شئت. ٥- وحيث ما شئت. =

ولو كانت قائمة فقعدت، أو اتكأت، فهي على اختيارها، ولو كانت قاعدة فاتكأت، كذلك هي على اختيارها، ولو اضطجعت: في قول أبي حنيفة وزفر بطل اختيارها، وعن أبي يوسف روايتان، روىٰ الحسن بن زياد عن أبي يوسف: أنه لا يبطل خيارها، وروىٰ الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف مثل قول زفر.

ولو كانت راكبةً وهي واقفة، أو سائرة فسارت بعد الخيار، بطل خيارها، ولو كانت سائرة فوقفت فهي على اختيارها، وكذلك [الحكم في] المَحْمِل على هذا.

ولو كانت في السفينة، فسارت لا يبطل خيارها، وحكمها حكم البيت في كل ما يبطل الخيار، إذا كان في البيت يبطل الخيار هاهنا، فكل ما لا فلا.

ولو كانت قائمة فركبت، أو ابتدأت الصلاة، فرضًا كانت أو نفلاً، بطل خيارها، ولو خَيَّرها وهي في الصلاة قائمة [فأتمّتها]، فإن كانت في صلاة الفريضة أو في الوتر، فلا يبطل خيارها، ولو كانت في صلاة التطوع، إن سَلَّمت على رأس الركعتين فهي على خيارها، وإن تَمَّت الأربع بطل خيارها[1].

= ٦-وحين ما شئت. ٧- وأنت طالق في مكة. ٨- وأنت طالق إذا دخلت مكة، لا تطلق إلّا إذا دخل مكة. ٩- ولو قال: أنت طالق غداً، يقع الطلاق عند طلوع الفجر من الغد. ١٠- ولو قال: إذا حضت فأنت طالق، فرأت الدم، إذا استكمل استمرار الدم ثلاثة أيام، وقع الطلاق من حين حاضت. ١١- ولو قال: إذا حضت حيضة فأنت طالق، لم تطلق حتى تطهر من حين حيضها. ١٢- ولو قال: أنت طالق كيف شئت، لم قامت من مجلسها، ثم شاءت، طلقت في قول أبي حنيفة، وقال صاحباه: لا تطلق ما لم تشأ في المجلس). خزانة الفقه ص١٢١، ١٢٢.

(١) (الأصل فيه: أن كل ما دَلَّ من فعلها على الإعراض عن الجواب، وترك الإيقاع، فإنه يبطل الخيار، وما لم يدل على ذلك، فإنه لا يبطل الخيار)، كما في شرح الجصاص ٥/ ٦٨.

[تخيير الزوجة في الطلاق]

ولو قالت: اخترتُ نفسي لا بل زوجي، أو قالت: اخترت نفسي وزوجي، وقع الطلاق.

ولو قالت: اخترت زوجي لا بل نفسي، أو قالت: اخترت زوجي[١] ونفسي، لا يقع شيء وخرج الأمر من يدها.

ولو قالت: أنا أختار نفسي، القياس: أن لا يقع، وفي الاستحسان: يقع.

ولو قال لامرأته: طلقي نفسك، فقالت: أنا أطلق نفسي، لا يقع قياساً واستحساناً.

ولو قال لها: اختاري، فقالت: اخترت، لا يقع شيء ما لم تقل: اخترت نفسي، ما لم تكن النفس مذكورة من أحد الجانبين، أو يكون في كلام الزوج كناية عن التطليقة[٢]، أو عن اختيارها، لا يكون ذلك في كلامها.

ولو قال لها: اختاري، فقالت: اخترت نفسي، أو أَبَنْتُ نفسي، أو حَرَّمْتُ نفسي، أو طَلَّقْت نفسي، كان جواباً[٣]، ويقع به الطلاق بائناً.

---

(١) في م (زوجي) فقط.

(٢) في م (أو على اختياره، أو يكون ذلك).

(٣) (قالت عائشة: (خَيَّرَنا رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، فاخترناه، فلم يُعُدَّه طلاقاً) [مسلم (١٤٧٧)]، فهذا هو الأصل في أن الخيار ليس بطلاق، ما لم تختر نفسها)، وقال الجصاص في وقوع الطلاق في التخيير: (ولم يوجب أصحابنا أكثر من واحدة؛ لما ثبت أن التخيير ليس من ألفاظ الطلاق، وأن وقوع الطلاق به من طريق الحكم، تشبيه بسائر الخيارات الحادثة في الأصول، فدلّ على أنّ ما كان فيه خيار، لا يكون أكثر من واحدة). شرح المختصر ٥/ ٧٠. انظر: المبسوط ٦/ ٢١٠.

[تفويض الطلاق إلى الزوجة]

ولو قال لها: طَلِّقِي نفسك، فقالت: طلقت نفسي، أو أَبَنْتُ أو حَرَّمْتُ نفسي، كان جواباً (أيضاً لتفويض الزوج، ويقع به الطلاق رجعياً.

ولو قالت: اخترت نفسي، لا يكون جواباً)[1]، هذا كله أمر باليد، إلاّ أن الفرق بينهما: أنه إذا قال: أمركِ بيدكِ ينوي ثلاثاً، فطلقت نفسها ثلاثاً، أو قالت: طلقت نفسي، أو اخترت نفسي، يقع ثلاثاً.

ولو قال لها: اختاري نفسك ونوىٰ ثلاثاً، فَطَلَّقت المرأة نفسها ثلاثاً، أو واحدة فهي واحدة بائنة[2]، ولا يكون ثلاثاً.

ولو قال: طلقي نفسكِ ثلاثاً، [ونوىٰ الثلاث]، فطلقت المرأة نفسها ثلاثاً، وقع ثلاثٌ، ولو طلقت نفسها واحدة فهي واحدة بالاتفاق.

ولو قال الزوج: طلقي نفسك واحدة وأراد به الواحدة، فطلقت نفسها ثلاثاً: في قول أبي حنيفة: لا يقع شيء، وفي قولهما: تقع واحدة.

[الخَيارُ المُؤَقَّت]

ولو كان الخيار مؤقتاً كما إذا قال لها: اختاري نفسك اليوم، أو هذا الشهر، فلها أن تختار نفسها ما دام الوقت باقياً، سواء أعرضت عن المجلس، أو اشتغلت بشيء آخر، أو لم تعرض، فهو سواء، ولها الخيار في ذلك الوقت المُؤَقَّت.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م، وفي المختصر: (وإن قالت: قد اخترت نفسي، لم تكن بذلك طالقاً) ص١٩٧.

(٢) ووضّح الجصاص ذلك بقوله: (وإنما قلنا: إن الذي يقع بالخيار بائن ليس برجعي، مِنْ قِبَل أن سائر الخيارات الحادثة في الأصول مما يوجب الطلاق، فإنه يوجبه بائناً، وهذا تشبيه بها.

وأيضاً: فلو كان رجعيًّا، لم يكن للخيار معنًى؛ لأن التخيير إنما وقع في أن تملك نفسها به، والطلاق الرجعي لا تملك به نفسها)، ٥/ ٧١.

فإن قال لها: اختاري اليوم، أو قال: أمرك بيدك اليوم، أو قال: هذا الشهر، فلها الخيار فيما بقي من اليوم والشهر، لا يزاد على ذلك.

ولو قال: يوماً، فهو من الساعة التي تكلم [فيها] إلى مثلها من الغد، ولو قال: شهراً، فهو من الساعة التي تكلم فيها إلى أن يستكمل ثلاثين يوماً، والخيار إذا كان مؤقتاً، يبطل بمُضِيّ الوقت، سواء علمت أو لم تعلم، بخلاف ما إذا كان الخيار غير مؤقت.

ولو عَلَّق الخيار بالشرط فقال: إذا قدم فلان فأمرك بيدك، أو قال: فاختاري، أو عَلَّقه بغير ذلك من الشروط؛ فإذا وجد الشرط فلها الخيار في مجلس العلم، فما لم تعلم فلا يكون لها الخيار، كما إذا كان الخيار غير مؤقت.

[تَفْوِيْضُ الطَّلَاقِ بِمَشِيْئَةِ الزَّوْجَةِ]

قال: (**ومن قال لامرأته: طلقي نفسك إن شئتِ، أو لم يقل/ شئت**)[١]، فإنه [٢٣٢-أ] يقتصر على المجلس.

الأصل في هذا: أن كُلَّ ما كان تفويضاً، فإنه يقتصر على المجلس، ولا يملك النهي والرجوع[٢]، وكُلُّ ما كان توكيلاً، فإنه لا يقتصر على المجلس، ويملك الزوج والنهي عنه.

فإذا عرفنا هذا فنقول: إذا قال لامرأته: اختاري نفسك، أو طلقي نفسك، سواء قال: إن شئتِ أو لم يقل، كان لها أن تطلق نفسها في ذلك المجلس، وبالإعراض يخرج الأمر من يدها، وليس للزوج أن يعزلها عن ذلك.

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٩٦.

(٢) (وإنما لم يكن للزوج الرجوع فيه؛ لأنه بمنزلة الطلاق المعلَّق بشرط، لأن ما كان تمليكاً، فإن وقوع الطلاق به متعلق بالمشيئة في المجلس، فصار كقوله: أنت طالق إن شئت، فلا يكون له الرجوع فيه، كما لو قال: أنت طالق إن دخلت الدار، لم يكن له الرجوع فيه)، كما في شرح المختصر ٥/ ٧٢.

[التوكيل في الطلاق]

ولو قال لآخر: طَلِّقْ امرأتي، فإن قرنه بالمشيئة، فالجواب ما [قد] ذكرنا، وإن لم يقرنه بالمشيئة، كان ذلك توكيلاً، ولا يقتصر على المجلس، ويملك النهي والعزل عنه(١).

ولو قال لآخر: [أمر] امرأتي بيدك، فإن ذلك يقتصر على المجلس ولا يملك النهي عنه.

ولو قال: طلقي نفسك وصاحبتك، وكانت له امرأتان، كان لها أن تطلق نفسها في المجلس، [ولها أن تطلق] صاحبتها في المجلس وغير المجلس، فكان هذا تفويضاً في حقها، وتوكيلاً في حق صاحبتها.

ولو قال لرجلين: طلقا امرأتي إن شئتما، أو قال: أمر امرأتي في أيديكما، فليس لأحدهما التفرد بالطلاق ما لم يجتمعا عليه، ولو قال لهما: طلقا امرأتي ولم يقرنه بالمشيئة، كان لأحدهما أن يطلق.

[قوله: (أنت طالق وطالق وطالق)]

قال: (**ومن قال لامرأته: أنت طالق وطالق وطالق، ولم يُعَلِّق بالشرط، فإن كانت المرأة مدخولاً بها يقع ثلاث تطليقات، وإن كانت غير مدخول بها، بانت [منه] بتطليقة واحدة**)(٢)، وكذلك إذا قال لها: فطالق فطالق، أو قال: ثم طالق، أو قال: طالق طالق طالق.

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٧٣؛ شرح فتح القدير ٤/ ٩٩.

(٢) وفي المختصر: (... بانت منه بالأولىٰ منهنَّ، وبطلت الباقيتان) ص١٩٧، (من قِبَل أنها بانت بالأولىٰ قبل ذكر الثانية، فصادفتها الثانية وهي أجنبية، فلم تقع)، كما وضّح ذلك الجصاص في شرحه ٥/ ٨٠.

[تَعْلِيْقُ الطَّلَاقِ بالشَّرْطِ]

ولو عَلَّقَه بالشرط فلا يخلو: إما أن يكون الشرط مقدماً، أو مؤخراً، أو خَلَّلَ بينهما ذكره[١] بكلمة الواو أو الفاء أو ثم، أو ذكر هذه الصلات.

أما إذا كان الشرط مقدماً فقال: إذا دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق، أو قال: بحرف الفاء، والمرأة غير مدخول بها فدخلت الدار، بانت بتطليقة واحدة على قول أبي حنيفة، وعلى قولهما: يقع ثلاث.

ولو كانت المرأة مدخولاً بها، يقع ثلاث بالإجماع، إلا على قول أبي حنيفة: يتبع بعضها بعضاً في الوقوع، وعلى قولهما: يقع الثلاث جملة.

(ولو أَخَّر الشرط فقال: أنت طالق وطالق وطالق إن دخلت الدار)[٢]، وذكره الفاء، سواء كانت المرأة مدخولاً بها أو غير مدخول بها، فما لم تدخل لا يقع، فإذا دخلت الدار بانت بثلاثة بالإجماع.

أما إذا ذكرها بغير حرف الصلة، وكان الشرط مقدماً كما إذا قال: إن دخلت الدار فأنت طالق طالق طالق، وكانت المرأة غير مدخول بها، فاللفظ الأول: معلق بالشرط، والثاني: ينزل للحال، والثالث: لغو، ثم إذا تَزَوَّجَهَا ودخلت الدار نزل المعلق، ولو دخلت بعد البينونة قبل التزويج حنث، ولا يقع الطلاق، ولو كانت المرأة مدخولاً بها بالأول يتعلق الشرط، والثاني والثالث ينزلان[٣] للحال.

ولو أَخَّر الشرط فقال: أنت طالق طالق طالق إن دخلت الدار، إن كانت المرأة غير مدخول بها فالأول ينزل للحال، والثاني والثالث لغو، ولو كانت مدخولاً بها نزل الأول والثاني للحال، وتعلق الثالث بالشرط.

---

(١) في م (ذكر الجزاء).
(٢) مختصر الطحاوي ص١٩٧.
(٣) في (يتركان) وهكذا في الأسطر السابقة.

ولو كان بلفظ (ثُمَّ) فالجواب فيه كالجواب في الفصل الذي لا واو فيه ولا فاء فيه؛ لأن كلمة (ثم) لا تصل عند أبي حنيفة، وعندهما: كلمة (ثم) ككلمة (بعد)[1]، فإن كان الشرط مقدماً كما إذا قال: إذا دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق، فإن كانت غير مدخول بها، فالأول يتعلق بالشرط، والثاني ينزل للحال، والثالث لغو في قول أبي حنيفة[2]، كما إذا لم يذكر الواو ولا الفاء، وعندهما: ما لم تدخل الدار لا يقع، فإذا دخلت الدار؛ إن كانت / غير مدخول بها تقع واحدة، وإن كانت [٢٣٢-ب] مدخولاً بها تقع ثلاث تباعاً، كما إذا قال: إن دخلت الدار فأنت طالق وبعدها واحدة، وبعدها واحدة، كما قال أبو حنيفة في كلمة الواو[3].

ولو أَخَّر الشرط قال أبو حنيفة: إن كانت غير مدخول بها فالأول ينزل للحال، ولغا الثاني والثالث، وإن كانت مدخولاً بها فالأول والثاني ينزلان للحال، ويتعلق الثالث بالشرط، وقال صاحباه: لا يقع ما لم تدخل الدار، فإذا دخلت تقع ثلاث مدخولاً بها كانت أو غير مدخول بها.

[تخلُّل الشرط بين الطلاق]

ولو خَلَّلَ الشرط [فقال]: أنت طالق إن دخلت الدار، أنت طالق إن دخلت الدار، أنت طالق إن دخلت الدار، أو قدَّم الشرط على هذا، فما لم تدخل لا يقع، فإذا دخلت وقع ثلاث بالاتفاق.

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٩٧، ١٩٨.

(٢) ووضّح الجصاص وجه قول أبي حنيفة: (وذلك لأن الأولىٰ معلَّقة بالدخول، فلا تقع أو يوجد شرطها، والثانية مقطوعة عن الأولىٰ، فتقع في الحال؛ لأنه طلاق مبتدأ، والثالثة صادفتها وهي أجنبية، فلم تعمل). ٥/ ٨٣.

(٣) ووجّه أيضاً قول أبي يوسف ومحمد: (وفي قولهما: يتعلق الجميع بالدخول على وجه الترتيب، كأنه قال: إن دخلتِ الدار، فأنت طالق تطليقة، وبعدها أخرىٰ، وبعدها أخرىٰ). شرح المختصر ٥/ ٨٣، ٨٤.

والطحاوي (جعل هاهنا كلمة (الفاء) مثل كلمة (الواو) على ما ذكرنا[١]، وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالىٰ في مختلفه)[٢] وجعل كلمة الفاء مثل كلمة بعد، فقال: إذا قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق فطالق فطالق، إن كانت مدخولاً بها تقع ثلاث متتابعات، وإن كانت غير مدخول بها تقع واحدة بالإجماع[٣].

[اقتران الطلاق بلفظ (بَعْدُ)]

قال: (ومن قال لامرأته وهي غير مدخول بها: أنت طالق واحدة بعد واحدة، كانت طالقـًا اثنتين)[٤].

اعلم بأن كلمة (قبل) صفة التقدم، وكلمة (بعد) صفة التأخر، وكلمة (مع) كلمة صحبة وقِرَان، فمتىٰ أوقع الطلاق وقدم أخرىٰ عليه، فلا يَصِحُّ تقديمه ويقع ثنتان معـًا، ومتىٰ أوقع تطليقة وأخَّر أخرىٰ، تقع واحدة إن كانت غير مدخول بها، ومتىٰ ذكر اثنتين وأقحم بينهما حرف الصلة؛ إن ألحق بها الهاء فهي صفة للمذكور آخِراً، أو إن لم يلحق بها الهاء فهي صفة للمذكور أولاً[٥].

ثم إذا كان ذلك من صفة التقدم تقدم، وإن كان من صفة التأخر تأخر، والمسائل تخرج على هذا.

---

(١) وقال الطحاوي: (... كانت الفاء في جميع ذلك، كالواو في جميع ما ذكرنا) ص١٩٧.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٨٣.

(٤) وعلل الطحاوي ذلك بقوله: (لأن معنىٰ قوله بعد واحدة، أي: بعد واحدة قد كانت)، مختصر الطحاوي ص ١٩٨.

(٥) انظر: المصدر السابق ٥/ ٨٤.

[اقتران الطلاق بلفظ (قبل ومع)]

(إذا قال لامرأته: أنت طالق واحدة قبلها واحدة، تقع تطليقتان)[١]؛ لأنه أوقع الواحدة وأخبر أن قبل هذه الواحدة واحدة أخرىٰ، فإيقاعه صحيح، وإسناده إلى ما قبله باطل.

ولو قال: قبل واحدة[٢]، تقع واحدة؛ لأنه أوقع واحدة وأخبر أن هذه الواحدة قبل واحدة تجيء بعدها، فبانت بهذه ولا تقع أخرىٰ.

ولو قال: أنت طالق واحدة بعدها واحدة تقع واحدة؛ لأنه أوقع واحدة وأخبر أن بعدها أخرىٰ، فقد بانت بهذه فلا تقع أخرىٰ، ولو قال: بعد واحدة تقع ثنتان.

ثم في هذه الفصول كلها إن كانت المرأة مدخولاً بها تقع تطليقتان.

(ولو قال: أنت طالق واحدة مع واحدة، [أو معها واحدة]، تقع تطليقتان)[٣] سواء كانت المرأة مدخولاً أو غير مدخول بها؛ لأن كلمة (مع) كلمة صُحْبَةٍ وقِرَانٍ.

[تَعْلِيقُ الطَّلَاقِ بِالمَوْتِ]

قال: ومن قال لامرأته: أنت طالق مع موتي أو مع موتك، فليس ذلك بشيءٍ، كما إذا قال: أنت طالق إذا مِتُّ، أو إذا مِتِّ أنتِ؛ لأن كلمة مع إذا أقحمت فيما بين جنسين مختلفين كانت محل الشرط، وإنما يقع الطلاق بتمام الشرط[٤]، وحين

---

(١) المصدر السابق نفسه؛ وذلك من قِبَل أن المذكور أولًا، هو المُوقَع آخراً، فيقع معه، ولا يقع قبله)، كما في الشرح ٥/ ٨٤.

(٢) أي: قال لها: أنت طالق واحدة قبل واحدة. (٣) مختصر الطحاوي ص ١٩٨.

(٤) لأن (مع) في هذا الموضع للتعقيب، وهي وإن كانت في الحقيقة للمقارنة، ويراد بها التعقيب.

(والدليل عليه: قول الله تعالىٰ: ﴿إِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا﴾ [الشرح: ٦]، ومعلوم أنهما لا يكونان معـًا، وإنما يكون أحدهما عقيب الآخر، فإذا دخلت على الشرط، كانت بمعنىٰ: =

ما تم الشرط ليست هي من أهل لإيقاع الطلاق عليها، ولا هو من أهل أن يوقع الطلاق عليها بعد موتها.

[تعليق الطلاق (إذا كان كذا)]

قال: (ومن قال لامرأته: أنت طالق إذا كان كذا كذا)[١].

اعلم بأن تعليق الطلاق بالموجود تحقيق، وتعليقه بالمعدوم تعليق.

إذا قال لامرأته: أنت طالق إن كان هذا نهاراً، أو إن كان هذا ليلاً، وهما في النهار أو في الليل، فإن الطلاق يقع من ساعته.

[تعليق الطلاق بشرط مستقبل]

ولو عَلَّقه بالشرط الذي يجوز وجوده وعدمه، كما إذا قال: أنت طالق إن قدم فلان، [هاهنا مسألتان: إما أن يقول: أنت طالق إن قدم فلان][٢]، أو إن دخلت الدار، فإن الطلاق لا يقع ما لم يوجد الشرط[٣] / . [٢٣٣-أ]

وكذلك إذا عَلَّقه بشيء سيكون لا محالة، كما إذا قال: أنت طالق إذا جاء

= بعد؛ لدلالة اللفظ عليه، وذلك أن حكم الشرط أن يتقدم، فيكون الجواب بعده؛ لأنه جعله سبباً لوقوع الجواب، وحكم السبب أن يتقدّم المسبَّب.

وإذا صحّ ذلك، صار قوله: أنت طالق مع موتي، بمنزلة قوله: أنت طالق بعد موتي). شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٨٦.

(١) مختصر الطحاوي ص١٩٨.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

(٣) (كما لو قال: أنتِ طالق غداً، لم يقع في الحال؛ وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]، وهذا عقد.

وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (المسلمون عند شروطهم) [البخاري (٢١٥٣)]). شرح الجصاص ٥/ ٨٦.

غد، أو إذا جاء يوم الجمعة، فإن الطلاق لا يقع قبل مجيئه، ولا يجب على الزوج اعتزال زوجته قبل وقوع الطلاق.

قال: (**ومن قال لامرأته: أنت طالق في غد**)[١]، هاهنا مسألتان: إما أن يقول: أنتِ طالق غداً، أو يقول: أنتِ طالق في غد، فإن قال: أنتِ طالق في غد يقع الطلاق في أول الغد[٢]، ولو قال: عنيت وَسَط النهار أو آخره دُيِّن في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالىٰ في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: لا يدين في القضاء، ويدين فيما بينه وبين الله تعالىٰ[٣].

ولو قال: أنت طالق غداً، يقع في أول النهار، ولو قال: عنيت آخر النهار لم يصدق[٤] في القضاء بالإجماع.

[الِاسْتِثْنَاءُ فِي الطَّلَاقِ]

قال: (**ومن قال لامرأته: أنت طالق إن شاء الله تعالىٰ، لم تطلق**)[٥].

اعلم بأن الاستثناء على ضربين: استثناء تحصيل، واستثناء تعطيل، فاستثناء التحصيل قد ذكرنا حكمه في كتاب الإقرار، واستثناء التعطيل نحو قوله: إن شاء الله تعالىٰ، [أو [قوله][٦]: لو شاء الله تعالىٰ]، وحكمه: أن يعطل

---

(١) مختصر الطحاوي ص ١٩٩.

(٢) (طلقت إذا طلع الفجر من غدٍ؛ وذلك لأن (في) ظرف، يجعل غداً ظرفاً لوقوع الطلاق فيه، فإذا وجد أوّلُ جزء منه، وقع؛ لوجود ما يقتضيه اللفظ)، كما قال الجصاص في الشرح ٥/ ٨٧.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص١٩٩.

(٤) في م (يدين).

(٥) انظر: المصدر السابق نفسه؛ والهداية، ١/ ٢٥٤ (الحلبي).

(٦) في م (قال)، والعبارة بكاملها ساقطة من أ، والمثبت ما دل عليه السياق.

جميع ما قبله[١]، أو قال: ما شاء الله تعالىٰ، وكذلك إذا عَلَّق بمشيئة من لا تظهر لنا مشيئته، كما إذا قال: أنتِ طالق إن شاء إبليس أو الجن، أو هذا الحائط أو ما أشبه ذلك[٢].

[تعليق الطلاق على مشيئة فلان]

ولو قال: أنت طالق إن شاء فلان، فعَلِمُ فلان ذلك في المجلس وشاء، وقع الطلاق، وكذلك إن كان غائباً، فإنه يقتصر على مجلس العلم، بخلاف ما إذا قال: أنت طالق إن دخل فلان الدار، أو فعل ذلك الفعل، ففي أيّ وقت ما وجد الشرط وقع الطلاق، ولا يقتصر على المجلس.

---

(١) (وذلك لما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (من حَلَفَ على يمين فقال: إن شاء الله، فقد استثنىٰ) [أبو داود (٣٢٥٩)؛ والترمذي (١٥٣١)، وفي بعض الأخبار: (فلا حنث عليه)؛ وابن حبان في صحيحه ١٠/ ١٨٢]، شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٨٨.

(٢) ذكر الفقيه أبو الليث بأن: (الاستثناء في الطلاق على عشرة أوجه: ١- قوله: أنت طالق إن شاء الله. ٢- أنت طالق بمشيئة الله. ٣- أنت طالق إن شاء الله وشئت أنت. ٤- أنت طالق إن شاء الله وشاء فلان. ٥- أنت طالق إن شاء فلان وشئت أنت، فإن شاءت هي دونه، أو شاء فلان دونها، لم يقع. ٦- وقول: أنت طالق في محبة الله. ٧- أنت طالق في رضاء الله. ٨- أنت طالق في قدرة الله. ٩- أنت طالق في حكم الله. ١٠- أنت طالق في إرادة الله، لا يقع الطلاق بهذه الألفاظ كلها.

ولو قال: أنت طالق في علم الله، يقع الطلاق في الحال، والله أعلم). كما في خزانة الفقه ص١٢٣، ١٢٤.

وقال في عيون المسائل: المذهب أن الاستثناء في الأيمان، والطلاق، والطلاق، لا يؤخذ به إلاّ إذا كان متصلاً مع القول الخاص بواحد من هذه الأمور، فإذا كان كذلك بطل الطلاق، أو العتاق، أو اليمين. انظر: ص٦٣.

[إيقاع جزء من الطلاق]

قال: (**ومن قال لامرأته: أنت طالق نِصْفَ تطليقة، أو جزء من أجزائها وسِوَىٰ ذلك، فهي تطليقة كاملة**)(١).

الأصل في هذا: أن ذكر بعض ما لا يَتَبَعَّضُ كذكر الكُلِّ، إذا قال لامرأته: أنت طالق ثلث تطليقة، أو نصف تطليقة، أو جزء من ألف جزء من تطليقة، وقع الطلاق، وكذلك العفو عن ثُلُثِ الدم أو عُشْرِه، يكون عفواً عن الكل.

ولو قال: أنت طالق ثُلُث تطليقة، ونِصْف تطليقة، وثُلُثَا تطليقة، وقع ثلاث إن كانت مدخولاً بها، وإن كانت غير مدخول بها، بانت بواحدة كما إذا قال: أنت طالق طالق [طالق].

ولو قال: أنت طالق سُدُس تطليقة وثُلُثها ونِصْفها، كانت تطليقة واحدة بعد أن لا يتجاوز العدد عن واحد لو جمع ذلك.

ولو كان يتجاوز كما إذا قال: أنت طالق سدس تطليقة وربعها وثلثها ونصفها، لم يذكر هذا في ظاهر الرواية، قال بعضهم: تقع تطليقتان، وقال بعضهم: تقع تطليقة واحدة.

ولو قال: أنت طالق ثلاث أنصاف تطليقتين، تقع ثلاث؛ لأن نصف التطليقتين تطليقة، وثلاثة أنصافها ثلاثة أمثالها.

وأما العتاق، والتدبير، والكتابة [فيتجزّأ] على قول أبي حنيفة، ولا يتجزأ عندهما.

---

(١) مختصر الطحاوي ص ١٩٩، (ويحتج فيه أيضاً: بعموم قوله تعالىٰ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، ولم يذكر نصفها اللهُ تعالىٰ، ولا غيره، فعمومه يقتضي وقوع الجميع)، كما في الشرح ٥/ ٨٨.

[قوله: أنت طالق قبل أن أتزوجك]

قال: **(ومن قال لامرأته: أنت طالق قبل أن أتزوجك)، لا يقع الطلاق**[(١)]، ولو قال لأجنبية: أنت طالق قبل أن أتزوجك إذا تزوجتك، أو قال: أنت طالق إذا تزوجتك قبل أن أتزوجك ثم تزوجها، وقع الطلاق.

ولو قدم التزويج فقال: إذا تزوجتك فأنت طالق قبل أن أتزوجك، أو قبل ذلك، ثم تزوجها، وقع الطلاق في قول أبي يوسف؛ لأن النكاح لا بُدَّ له من وقت يحل فيه، وكذلك الطلاق، فصار كالمذكور.

ولو قال: إذا تَزَوَّجْتُكِ فأنت طالق في تلك الساعة قبل أن أتزوجك، وقع الطلاق، ويلغو قوله: قبل أن أتزوجك، كذلك هاهنا / ، وفي قول محمد: لا يقع؛ [٢٣٣-ب] لأن المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط، ويصير كالمتكلم به في تلك الساعة، فصار عند التزويج كأنه قال: أنت طالق قبل أن أتزوجك، ولو قال هكذا لا يقع الطلاق، كذلك هاهنا.

(ولو قال: أنت طالق أمس، وإنما تزوجها اليوم، لا يقع الطلاق، ولو تزوجها أول من أمس، وقع الطلاق في الحال)[(٢)]، ولا يصح تقديم الطلاق.

---

(١) قال الطحاوي: (كان هذا القول باطلًا) ص ١٩٩؛ وذلك لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (لا طلاق قبل النكاح)، [ابن ماجه (٢٠٥٩)؛ وفي الزوائد: إسناده ضعيف، وله شواهد يصح بها. انظر: شرح السنة للبغوي٩/ ١٩٨؛ ونصب الراية ٣/ ٢٣١].

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٩٩؛ (وذلك لأن الوقت المضاف إليه الطلاق، لمَّا كان مما يصح أن يكون مطلِّقًا فيه، فيكون طالقـًا في الحال بطلاق موقَع في ذلك الوقت، فتضمن هذا القول منه: إيقاعـًا في الحال). شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٩٠.

[إضافة الطلاق إلى الأعضاء]

قال: **(إذا قال لزوجته: رأسك طالق)**، الأصل في هذا: أنه متىٰ أضاف الطلاق إليها، أو ذكر جزءاً شائعاً يَرِدُ عليه العقد، أو ذكر عضواً من أعضائها ما يعتبر به عن جميع الشخص، وقع الطلاق، وإلا فلا.

فإذا عرفنا هذا فنقول: إذا قال لامرأته: أنت طالق، أو صدرك طالق، أو بدنك طالق، وقع الطلاق.

[وكذلك إذا قال: ثُلُثك طالق، أو سدسك طالق، أو نصفك طالق، وقع]؛ لأن هذا جزء شائع يَرِدُ عليه العقد، ألا ترىٰ أنه لو باع نصفه أو ثلثه جاز البيع(١).

ولو قال: رأسك طالق وقع الطلاق؛ لأن الرأس يعبّر به عن الكل، ألا ترىٰ أنه يقال: بعني هذا الرأس، ويراد به جميع الشخص، ويقال: فلان يملك كذا كذا رأساً، ويراد به جميع البدن، وكذلك الرقبة يقال: فلان يملك كذا كذا رقبةً(٢)، يعني به: العبيد، والجواري، وكذلك الفَرْجُ، والرُّوْحُ، والوَجْهُ.

وأما الظَّهْر، والبَطْنُ، واليَدُ، والرِّجْلُ، وسائر الأعضاء، لا يقع به الطلاق؛ لأنه لا يُعَبَّر به عن جميع البدن(٣)، وكذلك هذا في العتاق(٤).

---

(١) كما علل الجصاص بقوله: (وذلك لأن الجزء الشائع في الجميع، يثبت حكمه في الأصول، فوقع به الطلاق، ووقوعه في البعض، يقتضي وقوعه في الكل) ٥/ ٩١.

(٢) (وقال الله عز وجل: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣]، وقال الله تعالىٰ: ﴿كُلُّ شَىْءٍ هَالِكٌ إِلَّا وَجْهَهُۥ﴾ [القصص: ٨٨]، فما كان بهذا الوصف من الألفاظ، فهو بمنزلة قوله: أنت طالق). شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٩٠.

(٣) (لأن هذه الأعضاء، لا يثبت حكمها في الأصول إلّا على وجه التَّبع، فلا يجوز إيقاع الطلاق فيه، ثم إلحاق الأصل به؛ لأنا لو فعلنا ذلك، كنا قد أثبتنا حكمه لا على وجه التبع، وهذا لا يجوز)، كما في الشرح ٥/ ٩١.

(٤) وقال الطحاوي معللًا لعدم وقوع الطلاق بذلك: (وكذلك كل ما معناه معنىٰ العضو، لا معنىٰ النفس)، ص ١٩٩.

[الشَّكُّ في الطلاق]

قال: (ومن دخل عليه الشَّكُّ في طلاق زوجته، فلم يدر أطَلَّق زوجته أو لم يطلقها، لم يجب عليه الطلاق، ولا اجتناب زوجته ما كان على يقينه حتى يعلم أن الطلاق وقع يقينًا)[١].

الأصل في هذا: أن ما يثبت باليقين لا يترك إلا بيقين مثله، واليقين لا يترك بالشك[٢]، وقد ذكرنا هذا في كتاب الصلاة.

قال لامرأتيه: إحداكما طالق بغير عينها، فإنه يُجْبَرُ الزوج على البيان؛ لأنه هو المُجْمِل، فإليه بيانه، فإن بَيَّنَ فعلىٰ ما بيّن[٣].

ثم البيان على ضربين: بيان من جهة القول، وبيان من جهة الفعل:

فالبيان من جهة القول أن تقول: إياها عنيت.

---

(١) مختصر الطحاوي ص ١٩٩.

(٢) وهذا فرع عن القاعدة الفقهية: (اليقين لا يزول بالشكّ)، ومنها قاعدة: (ما ثبت بيقين، لا يَرتفع إلاّ بيقين)، كما ذكر المؤلف، ونقل ابن نجيم في الأشباه والنظائر، تحت هذه القاعدة، عن الإسبيجابي هذا بقوله: (ومنها: شكّ هل طلق أم لا؟، لم يقع شَكّ أنه طلق واحدة أو أكثر، بنىٰ على الأقل، كما ذكره الإسبيجابي، إلا أن يستيقن بالأكثر، أو يكون أكبر ظنِّه على خلافه) ص٨١ (المكتبة العصرية).

(٣) وقد ذكر الطحاوي مسألة مرادفة شبيهة بالمذكورة في الشرح -ولم يذكرها الشارح-، وهي: (ومن قال لزوجتيه: إحداكما طالق ثلاثـًا، ولم ينوِ واحدة منهما بعينها، فقد وقع الطلاق على إحداهما بغير عينها، ويؤخذ أن يوقعه على إحداهما بعينها، فتكون هي المطلقة، وتبقىٰ الأخرىٰ زوجة له على حالها ...)، ص١٩٩، ٢٠٠.

وعلّق الجصاص على هذه المسألة، واستدل لها: (وذلك لأن جهالة المطلقة، لا يمنع صحة الإيقاع ...، ويكون الزوج مخيَّراً في تعيينه في أيتهما شاء.

ويدل عليه حديث فيروز الديلمي: أنه أسلم وتحته أختان، فقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (طلِّق أيتهما شئت)، فلما لم يكن بُدٌّ من فراق إحداهما، جعل الخيار إليه فيهما)، الشرح ٥/ ٩٢.

والبيان من جهة الفعل: أن يطلق إحداهما، أو يطأ إحداهما، أو يظاهر من إحداهما، فيقع الطلاق على الباقية[١].

ولو مات الزوج من غير بيان، فإن كانتا مدخولاً بهما، فلكل واحدة منهما جميع الصداق، وإن كانتا غير مدخول بهما، كان لهما مهر ونصف، لكل واحدة منهما ثلاثة أرباع المهر، هذا إذا كان نكاحهما على تسمية معلومة.

ولو لم يسم لهما مهراً والمسألة بحالها: فإن لهما مهر متعة بينهما، وإن كان سمىٰ لإحداهما مهراً ولم يسم للأخرىٰ، فللمسمىٰ لها ثلاثة أرباع المهر، ولغير المسمىٰ لها نصف المهر ونصف المتعة قياساً، وبه قال زفر، وفي الاستحسان: يجب نصف المهر لا غير، وبه قال علماؤنا.

ولو كان المسمىٰ: من غير المسمىٰ لها غير معلومة، كان لهما مهر وربع، إذا كان مهر مثلهما سواء، فيكون بينهما ولا تجب المتعة استحساناً، والقياس: أن يجب نصف المتعة أيضاً، فتكون بينهما، وهو قول زفر، والميراث بينهما نصفان في الفصول كلها، وعلى كل واحدة منهما عدة المتوفىٰ عنها زوجها، أو عدة الطلاق.

[وصف الطلاق بالشِّدَّة والعِظَم]

[قال: (**[إذا] قال لزوجته: أنت طالق مثل الجَبَل، أو مثل عِظَمِ الجَبَل، أو مِلْءَ الكُوْز، أو مِلْءَ البيت، أو كألف، أو مثل ألف، كانت طالقًا بائنًا في ظاهر الرواية**[٢]**؛ لأنه وصف الطلاق بالشِّدَّةِ، وروي عن أبي يوسف ومحمد أنهما قالا في قوله: مثل الجبل أو ملء الكوز: يكون رجعيًا**)[٣].

(١) في م (الثانية).

(٢) (وذلك لأن تشبيه إياها بالجبل، يقتضي أن يكون المراد في عِظَم الجبل). شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٩٣.

(٣) وزاد الطحاوي: (... إلاَّ أن ينوي ثلاثًا، فتكون طالقًا ثلاثًا)، مختصر الطحاوي =

روىٰ الطحاوي عنهما: والأصل عند أبي / يوسف في هذه المسائل: أنه إذا ذكر العِظَم وشَبَّهَهُ بشيءٍ صغير أو كبيرٍ يكون بائناً، وإن لم يذكر العِظَم يكون رجعياً، وفي قول زفر: ينظر إلى المشبه به، فإن كان وصفه بالشدة أو بالعِظَم فهو بائن، وإلا فهو رجعي، وفي قول أبي حنيفة: إذا مثله بشيء صغير أو كبير، يكون بائناً. [٢٣٤-أ]

بيانه: إذا قال: أنت طالقٌ مثلَ عِظَمِ رأس الإِبْرَةِ، يكون بائناً في قول أبي يوسف؛ لأنه وصفه بالعِظَم، وفي قول زفر: يكون رجعياً.

ولو قال: أنت طالق مثل الجبل، أو مثل الحديد، يكون رجعياً في قول أبي يوسف: لأنه لم يذكر العظم، وفي قول زفر: يكون بائناً.

ولو قال: أنتِ طالق مثل رأس الإبرة، أو مثل الخَرْدَل، فهو رجعي في قولهما جميعاً، أما على قول أبي يوسف؛ لأنه لم يذكر العظم، وكذلك على قول زفر؛ لأن المشبه به لا يوصف بالعظم والشدة، وفي قول أبي حنيفة: يكون بائناً.

ولو نوىٰ بهذه الألفاظ كلها واحدة واحدة، أو اثنتين، كانت واحدة، ولو نوىٰ ثلاثاً كان ثلاثاً بالإجماع[(١)].

= ص٢٠٠، وفي متن شرح الجصاص، ذكر (من هاهنا إلى الشام)، ثم قال في الشرح معللاً ذلك: (لأنه لم يصف التطليقة بشيء، وإنما وصف المرأة بأنها طالق في مكان دون مكان، وهي متىٰ طلقت في موضع، طلقت في سائر المواضع، وتخصيصه لبعض المواضع بكونها طالق فيه، لغو لا معنىٰ له)، ٥/ ٩٦.

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٩٤، ٩٥.

[الطَّلَاقُ القَوِيُّ والعَرِيْضُ]

ولو قال لها: أنت طالق ألفاً، يقع ثلاث(١)، ولو قال: أنت طالق تطليقة قوية، أو عريضة، أو طويلة، يكون بائناً؛ لأنه وصف الطلاق بالشدة، وشدته أن يكون بائناً(٢).

ولو قال لها: أنتِ طالق وأنت مريضة، أو أنتِ طويلة، أو أنتِ عريضة، أو أنتِ شديدة، تقع واحدة رجعية؛ لأنه وصف المطلقة بالشدة.

(ولو قال لها: أنت طالق من هاهنا إلى بلد كذا، كان طلاقاً [رجعيًّا(٣)، ولو قال لها: أنتِ طالق أقبح الطلاق، كان طلاقاً] بائناً(٤)، ولو نوىٰ ثلاثاً يقع ثلاث)، ولو قال لها: أنت طالق لِلسُّنَّة، أو للعِدَّةِ، أو طلاق الدين، أو طلاق السنة، أو أحسن الطلاق، أو أعدله، أو أَخْيَره، أو أجمل الطلاق، كانت طالقاً للسنة، إن صادف وقت السُّنَّةِ يقع، وإلا فلا، وينتظر إلى وقت السنة.

ولو قال: أنت طالق تطليقة نبيلة، أو جميلة، أو عدلة، أو حسنة، فإن في ظاهر الرواية يقع للحال(٥)، سواء كانت الحالة حالة الحيض أو حالة الطُّهْر، ولا يكون للسنة، وروي عن أبي يوسف: أنه يكون للسنة، فيقع في وقت السنة.

---

(١) وقال الطحاوي: (ومن قال لزوجته: أنت طالق كألف، كانت طالقاً واحدة بائناً، إلّا أن ينوي ثلاثاً، فتكون طالقاً ثلاثاً)، ص ٢٠٠.

(٢) إذ لو لم تثبت البينونة، كنا قد ألغينا الصفة. كما قال الجصاص.

(٣) مختصر الطحاوي ص ٢٠٠.

(٤) (وذلك لأن أقبح الطلاق: أن يكون لغير السنة، ويكون منهيًّا عنه، وذلك قد يكون واحدة بائنة، ويكون ثلاثاً، فيلزمه الأقل، ولا يلزمه الأكثر إلاّ باعترافه). شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٩٧.

(٥) وفي المختصر هنا: (... كانت طالقاً تطليقة يملك فيها رجعتها، حائضاً كانت ...) ص٢٠١، وفي متن شرح الجصاص: (... وقعت واحدة في الحال، وإن كانت حائضاً)، ٥/ ٩٧.

[الطَّلَاقُ بِمَشِيئَةِ المَرْأَةِ]

قال: (**ومن قال لامرأته: أنتِ طالق إن شئتِ، فقالت: قد شئتُ إن كان كذا**)[١] وكذا، شيء موجود، يقع كما إذا قالت: شئتُ إن كان هذا زوجي، أو إن كان هذا لي[٢]، أو إن كان هذا نهاراً أو ليلاً، وما أشبه ذلك[٣].

ولو قالت: شئتُ إن شاء فلان، خرج الأمر عن يدها، ولا يقع الطلاق شاء فلان أو لم يشأ؛ لما ذكرنا: أن التعليق بشيء موجود تحقيق وبشيء معدوم تعليق.

[طَلَاقُ المُخَيَّرَة]

قال: (**ولو قال لامرأته: اختاري اختاري اختاري**)[٤] -بالواو، أو بالألف- أو بالفاء، فقالت المرأة: اخترت نفسي، أو قالت: اخترت مرة أو بمرة، أو دفعة أو بدفعة، أو واحدة أو بواحدة، أو اختارة، أو بالاختيارة، تقع ثلاث في قولهم جميعاً، ولو قالت: اخترت تطليقة أو بتطليقة، يقع واحدة بائنة.

ولو قالت: اخترت[٥] الأولىٰ، أو الوسطىٰ، أو الأخيرة، قال أبو حنيفة: تقع ثلاث، وقال صاحباه: تقع واحدة.

ولو قال لها: اختاري اختاري بألف، فقالت: اخترت الأولىٰ، أو الوسطىٰ، أو الأخيرة، كانت طالقاً ثلاثاً، وكان عليها ألف درهم في قول أبي

---

(١) مختصر الطحاوي ص٢٠٠.

(٢) في ج (إلى) وفي م (أبي).

(٣) (لأنه مُوقَع في الحال؛ لأن الماضي لا تنعقد به اليمين، وإنما هو الإيقاع في الحال). شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٩٥.

(٤) وفي المختصر بالواو: (اختاري، واختاري، واختاري) ص ٢٠١.

(٥) وفي (متن) الشرح: (اخترت نفسي بالأولىٰ) ٥/ ٩٨.

حنيفة[1]، وقالا: إن اختارت نفسها بالأخيرة كانت تطليقة واحدة، وعليها ألف درهم، وإن اختارت نفسها بالأولىٰ، أو بالوسطىٰ، كانت طالقاً واحدة ولا شيء عليها[2].

(ولو قال لها: اختاري واختاري واختاري بألف درهم، فاختارت نفسها بالأولىٰ أو بالوسطىٰ أو بالأخيرة، كانت طالقًا ثلاثًا في قول أبي حنيفة، وعليها ألف درهم[3]، وقالا: لا يقع[4]؛ لأن الزوج أمرها / بأن تحرم نفسها عليه بألف [٢٣٤-ب] درهم، وقد حرمت [نفسها عليه] بأقل من ذلك، فلا يقع)[5].

[اقتران الطلاق بحرف (الباء) و(على)]

[كما إذا] قال لها: (طلقي نفسك ثلاثًا بألف درهم، فطلقت نفسها واحدة، فلا يقع[6].

ولو أن المرأة قالت لزوجها: طلقني ثلاثًا بألف درهم، فطَلَّقها ثلاثًا، يقع

---

(١) (لأن ذلك عنده اختيار الثلاث، فقد اختار التطليقة الأخيرة المشروط فيها الألف). شرح المختصر ٥/ ١٠٠.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٠١. وذلك (لأنهما ردّاه إلى التطليقة الأولىٰ، وليس فيها مال). شرح المختصر ٥/ ١٠٠.

(٣) (لأنه أدخل (الواو) عليها، و(الواو) بابها الجمع، صار كقوله: اختاري ثلاثًا بألف درهم، واختيارها للأولىٰ، اختيار للثلاث في قول أبي حنيفة، فطلقت في قوله ثلاثًا بألف). شرح المختصر ٥/ ١٠٠.

(٤) (لأن عندهما: أن اختيارها للأولىٰ، إنما هو اختيار تطليقة واحدة من الثلاث، فلو جاز، لوقعت بثُلُث الألف)، كما قال الجصاص في الشرح ٥/ ١٠١، وتعليل ذلك كما ذكر المؤلف.

(٥) المصدر السابق نفسه.

(٦) وذلك (لأن الزوج لم يرض أن تَمْلِك بُضْعها إلّا بالألف كلها، فلو أوقعنا الواحدة، طلقت ثلاثًا بثلث الألف). شرح المختصر ٥/ ١٠١، ١٠٢.

ثلاث بألف درهم، ولو طلقها واحدة، تقع تطليقة بائنة بثلث الألف في قولهم جميعاً[١]؛ لأنها سألته بأن يُبِيْنَها بالثلاث بألف درهم، وقد أبانها، بأقل من ذلك، فقد زادها خيراً.

ولو قالت: طلقني ثلاثاً [على ألف][٢] درهم، فطلقها ثلاثاً تقع ثلاث تطليقات بالألف، ولو طلقها واحدة تقع واحدة رجعية، ولا يلزمهما من المال شيء في قول أبي حنيفة[٣]، وقالا: تقع واحدة بائنة بثلث الألف[٤]، كما في قولها بألف درهم)[٥].

ولو قالت: طَلِّقْنِي وصَاحِبَتِي بألف [درهم]، أو على ألف، فَطَلَّقَهُما، يقع الطلاق عليهما بالألف، ولو طَلَّقَ المخاطبة يقع الطلاق عليها بحصتها من الألف بالإجماع.

ولو قالت: طلقني ولك ألف درهم، فَطَلَّقها، تقع تطليقة رجعية، ولا يلزمها البدل في قول أبي حنيفة، وقالا: يقع الطلاق عليها بالألف.

ولو قال: أنت طالق وعليك ألف، قال أبو حنيفة: تقع تطليقة رجعية بلا بدل، قبلت المرأة الطلاق أو لم تقبل، وقالا: ما لم تقبل المرأة الطلاق لا يقع.

---

(١) (وذلك لأن (الباء)، تصحب الأبدال، وليس فيها معنىٰ الشرط، فجعلت الألف بدلًا من الثلاث، لكل واحدة ثلث الألف، فلا يكون إيقاع الثلاث شرطاً في استحقاق المال؛ لأنه ليس في اللفظ ما يوجب أن يكون بعضها شرطاً في بعض، وقد رضي الزوج بأن يملكها نفسها بثلث الألف، فوقعت الواحدة). شرح المختصر ٥/ ١٠٠.

(٢) في أ، م (بألف) والمثبت من المختصر ص ٢٠٢؛ وشرح المختصر ٥/ ١٠٢.

(٣) (وذلك لأن (على) شرط، فقد جعلت وقوع الثلاث شرطاً في استحقاق المال). شرح المختصر ٥/ ١٠٢.

(٤) (لأن الألف قد جعلت بدلًا من الثلاث في المسألتين جميعاً)، المصدر السابق نفسه.

(٥) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٠١، ٢٠٢.

[اقتران الطلاق بحرف (من) و(إلى)]

قال: **(وإذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق من واحدة إلىٰ ثلاث، أو ما بين واحدة إلى ثلاث، يقع واحدة في قول زفر، وقال أبو حنيفة: تقع ثنتان[١]، وفي قولهما: يقع ثلاث)**[٢].

ولو قال: من واحدة إلى ثنتين، أو قال: ما بين واحدة إلى ثنتين في قولهما: يقع ثنتان، وفي قول أبي حنيفة: تقع واحدة، وفي قول زفر لا يقع شيء، وقد ذكرناها في كتاب الإقرار.

[اقتران الطلاق بلفظ (ما لم)]

قال: **(وإذا قال الرجل: أنت طالق إن لم أطلقك)**[٣]، فما دام حيًا لا يقع الطلاق، فإن مات يقع الطلاق قبل موته بلا فصل[٤]، كما إذا قال: أنت طالق إن لم أدخل الدار.

ولو قال: أنت طالق ما لم أطلقك، أو متى ما لم أطلقك، أو متىٰ لم أطلقك، يقع الطلاق إذا فرغ من هذه المقالة؛ لأن شرط وقوع الطلاق وجود وقت الطلاق

---

(١) (وذلك لأن الغاية لمَّا كان من شأنها: أنها تدخل في الكلام تارة، ولا تدخل تارة أخرىٰ، ولم [يوجد] في اللفظ دلالة على دخولها وخروجها، لم نثبتها بالشكّ، فإذا كان أصل اليقين بقاء الزوجية، صارت الثلاثة مشكوكًا فيها، فلم نوقعها بغير دلالة). شرح مختصر الطحاوي ٥/ ١٠٣.

(٢) (وذلك لوجودها في لفظ الإيقاع، ولا يخرج منه شيء بغير دلالة). شرح المختصر ٥/ ١٠٣.

(٣) وتكملتها: (... فإن سكت فلم يطلقها، طلقت)، مختصر الطحاوي ص٢٠٢.

(٤) وضّح الطحاوي قول أبي حنيفة بقوله: (فإن أبا حنيفة رضي الله عنه قال: لا تطلق حتى يموت، ولم يطلقها قبل ذلك، فإذا مات، كذلك طلقت، يعني: في آخر جزء من أجزاء حياته، في الحين الذي لو آثر أن يطلقها فيه، قطعه عنه الموت)، المختصر ص ٢٠٢.

فيه، وقد وجد ذلك إذا سكت[١].

ولو قال: أنت طالق إذا لم أطلقك، أو إذا ما لم أطلقك، فإن نوىٰ به (إن)، فلا يقع إلا في آخر جزء من أجزاء حياته، وإن [نوىٰ] به (متىٰ) يقع الطلاق إذا سكت، وإن لم تكن له نية، قال أبو حنيفة: هو في معنىٰ (إن)، فلا يقع الطلاق إلا في آخر جزء من أجزاء حياته، وقالا: يقع الطلاق عقيب هذا اللفظ[٢].

ولو قال: أنت طالق ما لم أطلقك، ثم طلقها موصولًا بكلامه، يقع الطلاق بالإيقاع وبرّ في يمينه عندنا، وقال: زفر: يقع الطلاق بالحنث، وكذلك لو قال: أنت طالق ثلاثـًا ما لم أطلقك، [ثم قال]: أنت طالق موصولاً بكلامه، عندنا: وقعت تطليقة بالإيقاع، وبر في يمينه، وقال زفر: يقع [ثلاث تطليقات][٣].

[اقتران الطلاق بلفظ (إذا) و(ما) و(متىٰ) و(كلما)]

قال: وإذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق إذا شئتِ، أو إذا ما شئتِ، أو متىٰ شئتِ، أو متىٰ ما شئتِ[٤]، أو كُلَّمَا شئتِ، فما لم تشأ لم يقع، فإذا شاءت وقع، سواء شاءت في

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ١٠٣.
(٢) انظر: المصدر السابق ٥/ ١٠٤.
(٣) في أ (تطليقتان) والمثبت من م.
(٤) وضّح الجصاص أثر استعمال هذه الألفاظ، وأحكامها، مع بيان موقع الاختلاف والاتفاق، فقال: (ولم يختلفوا أنه إذا قال: أنت طالق إن لم أطلقك، أنه على المُهْلة، وعلى أنه لا يُحكم بتطليقها حتى يموت.
ولم يختلفوا أيضـًا أنه لو قال: أنت طالق (متىٰ) لم أطلقك، أنه على الفور، فإن سكت عقيب اليمين، طلقت.
واختلفوا في (إذا) على الوجه الذي قدمنا، فجعل أبو حنيفة (إذا) بمعنىٰ (إن)، وجعلها أبو يوسف ومحمد بمعنىٰ (متىٰ).
والأصل في ذلك: أن (إنْ) شرطٌ محض، ليس فيه وقت، وأنَّ (متىٰ) وقت، و(إذا) شرط فيه معنىٰ الوقت). شرح مختصر الطحاوي ٥/ ١٠٤.

ذلك المجلس أو بعد قيامها عن المجلس، ولا تقتصر هذه الألفاظ على المجلس(١).

ولو قال: أنت طالق إن شئتِ، أو ما شئت، أو كم شئت، أو أين شئت، أو أينما شئت، أو حيث شئت، أو حيثما شئت، أو كيف شئت، أو كيفما شئت، فهذه الألفاظ كلها تقتصر على المجلس، ثم إذا شاءت بهذه الألفاظ ثلاثة، أو اثنتين، لا تكون إلا واحدة، إلاّ في قوله: كم شئت، أو ما شئتِ، فشاءت في مجلسها واحدة أو
اثنتين أو ثلاثـًا كان على ما شاءت، وإلا في قوله كلما / شئت، إن فرقت المشيئة [٢٣٥-أ]
ثلاثـًا أو اثنتين كان ذلك(٢).

ولو قالت: شئت ثلاثـًا، قال أبو حنيفة: لا يقع، وقالا: يقع واحدة. وأصل المسألة: أن من قال لامرأته: طلقي نفسك واحدة، فطلقت نفسها ثلاثـًا، في قول أبي حنيفة لا يقع، وعندهما: تقع واحدة، وفي قوله كيف شئت، إن قامت عن مجلسها قبل المشيئة، قال أبو حنيفة: تقع تطليقة رجعية بقوله: أنت طالق، وقالا: ما لم تشأ لا يقع شيء.

وإن شاءت في مجلسها إن وافقت مشيئتها مشيئة الرجل: كما إذا شاءت ثلاثـًا، ونوىٰ الزوج ثلاثـًا، وقعت ثلاثـًا.

وإن خالفت مشيئتها مشيئة الزوج: كما إذا شاءت ثلاثـًا، ونوىٰ الزوج واحدة، فإنه لا يقع بهذه المشيئة في قول أبي حنيفة، وتقع واحدة بقوله: أنت طالق، إلا إذا نوت المرأة البينونة، فإنه يقع بائنـًا، وفي قولهما: تقع واحدة بمشيئتها.

[لأنّ] المذهب عند أبي حنيفة: أنه إذا قال لها: طلقي نفسك واحدة، فطلقت نفسها [ثلاثـًا، لا] يقع، وعندهما: تقع واحدة، ولو أن الزوج نوىٰ الثلاث وطلقت

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٠٢.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٠٢. وانظر دلالات هذه الألفاظ وآثارها: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ١٠٦، ١٠٧.

نفسها هي واحدة، لا يقع بهذه المشيئة في قولهم؛ لأن المذهب عندهم: أن الزوج إذا قال لها: طلقي نفسك ثلاثـاً إن شئت، فطلقت نفسها واحدة، لا يقع؛ لأنه عَلَّق الطلاق بشرط مشيئتها الثلاث، ولم يوجد، إلا أن على قول أبي حنيفة: تقع واحدة بقوله: أنت طالق[1].

[الإبانة تهدم عدد الطلاق]

قال: (**ومن طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين، ثم [قضت عدتها، و]تزوجت بزوج آخر**)، وأجمعوا: أن المطلقة بثلاث إذا تزوجت بزوج آخر، ثم عادت إلى الزوج الأول، عادت بالثلاث، وفي المطلقة بتطليقتين أو بواحدة إذا تزوجت بزوج آخر، فكذلك في قولهما، وفي قول محمد: تعود بما بقي من الطلاق، وبه أخذ الطحاوي[2].

قال: (**ومن طَلَّق امرأته تطليقة، يملك الرجعة، ثم قال لها قبل انقضاء العدة: قد جعلت تلك التطليقة التي أوقعتها عليك ثلاثـاً، أو قد جعلتها بائنـاً؛ قال أبو حنيفة: تكون ثلاثـاً وتكون بائنـاً، وقال محمد: لا تكون ثلاثـاً، ولا [تكون] بائنـاً، وقال أبو يوسف: إن جعلها بائنـاً تكون بائنـاً، وإن جعلها ثلاثـاً لا تكون [ثلاثـاً]**)[3].

---

(١) وأجمل الجصاص الحديث في المشيئة بقوله: (ثم المشيئة إليها في إيقاع البائن والثلاث، إذا أراده الزوج؛ لأنه إذا احتمل الثلاث، والواحدة البائن، وجب الرجوع إلى قوله ...، وجعل أبو يوسف ومحمد المشيئة مشروطة في أصل الطلاق وصفته)، ٥/ ١٠٨.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٠٣. ولكلا القولين سلف من الصحابة. انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ١٠٩.

(٣) في م (تكون ثلاثـاً)، وفي المختصر: (إن جعلها ثلاثـاً، لم تكن ثلاثـاً) ص ٢٠٣، والمثبت بحسب ما دل عليه النصوص. (وذلك لأنه قد كان يملك إيقاعها بائناً في الابتداء، فجاز أن يلحقها بها؛ لأنه البينونة في هذه الحال، كما كان يملكها في الابتداء)، كما في شرح الجصاص ٥/ ١١٢، ١١٣.

قال: **(وإذا قال لأجنبية: إذا تزوجتك، أو متىٰ تزوجتك، أو مهما تزوجتك فأنت طالق، فتزوَّجها وقع الطلاق، وهذا عندنا[١]، وقال الشافعي[٢].: لا يقع، وصار كما إذا طلقها قبل الدخول بها وجب نصف المهر، ولو أنه دخل بها وجب لها مهر المثل، ولا يجب الحَدُّ، ثم إذا تزوج تلك المرأة لا يقع الطلاق؛ لأن هذه اللفظة لا توجب التكرار)**[٣].

ولو كان قال: كلما تزوجتك فأنت طالق، فتزوَّجَها، وقع الطلاق، ثم إذا تزوجها وقع الطلاق، وكذلك إذا تزوجها بعد زوج آخر وقع الطلاق؛ لأنّ هذه الكلمة توجب التكرار.

ولو قال لامرأته: كلما دخلتِ الدارَ فأنت طالق فدخلت، وقع الطلاق، ثم إذا دخلت [الدار] وقع الطلاق، ثم إذا دخلت وقع الطلاق حتى الثلاث[٤].

ولو عادت إليه بعد زوج آخر فدخلت الدار، لا يقع؛ لأن اليمين كانت في الملك الأول، وهذا ملك آخر.

والأصل: أن كلمة (كُلّ) تصحب الأسماء والأشخاص قصداً، والأفعال ضمناً وتبعاً، ولا توجب التكرار، وكلمة (كلما) تصحب الأفعال قصداً، والأسماء ضمناً وتبعاً، وتوجب التكرار.

---

(١) (وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٤٩]، نحكم بصحة طلاق بعد النكاح). شرح مختصر الطحاوي ٥/ ١١٤.

(٢) قال النووي: (خطاب الأجنبية بطلاق، وتعليقه بنكاح وغيره، لغو). المنهاج ص٤١٧.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٠٣.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٠٣؛ (لأن (كلما) تجمع الأفعال؛ لأن الذي يليها هو الفعل، والفعل الثاني غير الأول، فقد تناوله لفظ (كلما) ....، ويدل على أن قوله: (كلما) يتناول الفعل على وجه التكرار: قول الله تعالىٰ: ﴿كُلَّمَا نَضِجَتۡ جُلُودُهُم بَدَّلۡنَٰهُمۡ جُلُودًا غَيۡرَهَا﴾ [النساء: ٥٦]). شرح مختصر الطحاوي ٥/ ١١٧، ١١٨.

فإذا عرفنا هذا فنقول: إذا قال: كُلَّما تزوجت امرأة فهي طالق، فكُلَّما تَزَوَّج وقع الطلاق على ما ذكرنا، ولو قال: كل امرأة أتزوجها، فَتَزَوَّجَ امرأة طلقت، ولو تزوج تلك المرأة ثانياً لا يقع الطلاق، ولو تزوج امرأة أخرىٰ طلقت وإن كثرن، غير أن المرأة التي وقع عليها تطليقة، لا يقع عليها أخرىٰ.

[الخلوة تقوم مقام الدخول]

قال: (**ومن / خلا بامرأته ثم طلقها ولم يصبها، كان لها جميع الصداق**)[١]. [٢٣٥-ب]

الخلوة الصحيحة: توجب كمال المهر والعدة عندنا، والخلوة الفاسدة لا توجب كمال المهر، ولكن توجب نصف المهر، وتوجب كمال العدة، والخلوة الصحيحة: أن يخلو بها وليس بينهما مانع، لا من جهة الطبع، ولا من جهة الشرع[٢]:

أما الطبع: أن يكون أحدهما مريضاً، أو يكونا جميعاً مريضين مرضاً لا يمكنه الجماع، أو كان بها رَتْق أو قَرْن لا يمكنه الجماع.

وأما الشرع: أن يكونا مُحْرِمَين، أو أحدهما إحرام فرض أو تطوع، أو كانا صائمين أو أحدهما صوم فرض، وصوم التطوع لا يمنع الخلوة إلا في رواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أنه يمنع، أو كانت المرأة حائضاً [أو نفساء][٣].

---

(١) مختصر الطحاوي ص ٢٠٣.

(٢) (الخَلْوَة من خلا الرجل بنفسه، وأخلىٰ بالألف لغة، وخلا بزيد خلوة: انفرد به، وكذلك خلا بزوجته خَلْوةً، ولا تسمىٰ خَلْوَةً إلاّ بالاستمتاع بالمفاخذة، وحينئذٍ تؤثر في أمور الزوجية ...)، كما في المصباح (خلو).

(والخلوة الصحيحة: وجود المرأة مع الرجل في مكان لا يمكن أن يطلع عليهما فيه أحد، كغرفة أغلقت أبوابها ونوافذها، وأرخيت ستورها)، (وليس هناك مانع من الوطء). كما في معجم لغة الفقهاء (خلو)؛ ومختصر القدوري ص٣٤٤.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ١١٨/٥، ١١٩.

وخلوة المجنون صحيحة عند أبي حنيفة، ويجب كمال المهر والعدة عنده، وعندهما: لا يصح خلوته، ويجب نصف المهر وكمال العدة، وأجمع أصحابنا: أن خلوة العِنِّينِ والخَصِيِّ تَصِحّ.

[طلاق الثلاث في مرض الموت]

قال: (**ومن طلق امرأته في مرض موته بغير سؤال منها، ولا رضاها وهي من أهل الميراث، ورثت ما دامت في العدة**)[1]، وهذا عندنا، وعند الشافعي: لا ترث[2].

وأجمعوا: أن الزوج إذا مات بعد انقضاء العدة أنها لا ترث إلا في قول ابن أبي ليلىٰ: فإنها ترث ما لم تتزوج بزوج آخر، وأصله: ما روي عن عبد الرحمن بن عوف أنه طلق امرأته تماضر في مرض موته بثلاث تطليقات، فأجمع أصحاب رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: أن من فرّ من كتاب الله تعالىٰ رُد إلى كتاب الله، فورثوها بالفرار، وصالحوا من ربع ثمنها على ثلاثة وثمانين ألفاً[3]، قال بعضهم: [كان ذلك] دنانير، وقال بعضهم: دراهم.

الرجل إذا طلق امرأته طلاقاً رجعياً في حال صحته أو في حال مرضه برضاها أو بغير رضاها، فإنهما يتوارثان بالأجماع؛ لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية.

وكذلك إذا كانت المرأة مملوكة أو كتابية وقت الطلاق، فأعتقت في العدة

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٠٣؛ خزانة الفقه ص٣٤٦.

(٢) والصحيح من قولي الشافعي: (فيمن بتّ طلاق امرأته في المرض المخوف، واتصل به الموت ....، أنها لا ترث، وهو الصحيح؛ لأنها بينونة قبل الموت، فقطعت الإرث كالطلاق في الصحة)، كما قال الشيرازي في المهذب ٤/ ٨١؛ وقال النووي في ذلك: (ويقع في مرض موته، ويتوارثان في عدة رجعي لا بائن، وفي القديم ترثه). المنهاج ص ٤١٧.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف من قول ابن سيرين ٤/ ١٧٢؛ وأورده العيني في عمدة القاري عن عائشة رضي الله عنها ٢٠/ ٢٣٤؛ ونقل الأثر النووي في تهذيب الأسماء ٢/ ٦٠١؛ وأبو حفص الغزنوي في الغرة المنيفة ١/ ١٦٠ (مكتبة الإمام).

أو أسلمت في العدة، فإنها ترث، ولو مات الزوج قبل انقضاء العدة، انهدمت عدة الطلاق وتعتد عدة الوفاة، هذا في الطلاق الرجعي، وأما في الطلاق البائن والثلاث، فإن كان [ذلك] في حالة الصحة برضاها أو بغير رضاها، [فإنهما] لا يتوارثان.

ولو أبانها في حالة المرض بغير رضاها، فإنها ترث من الزوج ولا يرث الزوج منها، وينبغي أن تكون وقت الطلاق من أهل الميراث، كما إذا كانت حرة مسلمة.

ولو كانت وقت الطلاق مملوكة أو كتابية، ثم أسلمت في العدة، أو أعتقت في العدة، فإنها لا ترث؛ لأن الفرار لم يوجد، وإن كانت وقت الطلاق حرة مسلمة ثم ارتدت في العدة، فلا ميراث لها ولا نفقة، [ولو أنها قبَّلت ابن زوجها بشهوة، أو طاوعته، فلها الميراث والنفقة](١)، هذا إذا أبانها بالطلاق.

ولو أبانها بالردة، أو بخيار الإدراك، أو بتقبيل ابنة امرأته، أو أم امرأته، نظر: إن كان هذا في المرض فإنها ترث منه ولا يرث منها، وإن كان هذا في الصحة، فإنهما لا يتوارثان بالاتفاق، إلا في الردة إذا ارتد الزوج في حالة صحته، فمات، أو قتل، أو لَحِقَ بدار الحرب وهي في العدة، فإنها ترث منه، هذا إذا كانت البينونة من قبل الزوج، ولو كانت البينونة من قبل المرأة: كما إذا اختارت نفسها بخيار العتاق، أو خيار الإدراك، أو ارتدت [والعياذ بالله تعالىٰ]، أو لعدم الكفاءة، أو بتقبيل ابن زوجها، أو أب زوجها لشهوة طائعة كانت أو مكرهه، نظر: إن كان هذا في حالة الصحة، فإنهما لا يتوارثان / بالإجماع، بخلاف ما إذا ارتد الزوج حيث ترث منه [٢٣٦-أ] وإن كان في [الصحّة].

فإن كان في حالة المرض، فإنها لا ترث منه، والزوج يرث منها استحساناً؛ لأن الفرقة لم تَجِ من قِبَلِ الزوج(٢).

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

(٢) انظر: خزانة الفقه ص٣٤٦، ٣٤٧؛ شرح مختصر الطحاوي ٥/ ١١٩.

[الميراث إذا حصلت البينونة بالتراضي أو بالتعليق]

ولو كانت البينونة بتراضيهما كما إذا قال لها: أمرك بيدك، أو اختاري، أو طلقي نفسك ثلاثـاً، فطلقت نفسها في الفصول كلها، لا يتوارثان، فكذلك إذا خالعها، أو اختارت نفسها والزوج عِنِّين، أو خَصِيّ، أو مَجْبُوب، فإنهما [لا] يتوارثان بالإجماع.

ولو أنه عَلَّق الطلاق بالشرط، فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن يُعَلِّقَهُ بفعل نفسه، أو بفعل الأجنبي، أو بفعلهما:

أما إذا عَلَّقَه بفعل نفسه، فإنه يعتبر وقت الحنث؛ فإن كان وقت الحنث مريضـاً فإنها ترث، سواء كان التعليق في الصحة أو في المرض، كان له بد من ذلك الفعل أو لم يكن.

وأما إذا عَلَّقَه بفعل الأجنبي، فإنه يعتبر وقت اليمين والحنث جميعـاً، فإن كان مريضـاً في الحالين ترث، وإلا فلا، سواء كان له منه بُدٌّ أو لم يكن، كما إذا قال: إذا قدم فلان، أو إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق، ولو قال: إذا مرضت فأنت طالق ثلاثـاً، فمرض ومات من ذلك المرض، فإنها ترث منه؛ لأنه أضاف الطلاق إلى حال يوجب تعليق حقها بماله، وهو المرض.

وأما إذا علق الطلاق بفعل المرأة، فإنه ينظر: إن كان لها من ذلك الفعل بد فأنها لا ترث، سواء كان التعليق والفعل في المرض كلاهما، أو التعليق في الصحة والفعل في المرض، وإن كان فعل لا بد لها من ذلك: كالأكل، والشرب، والصلاة، والصوم، والكلام مع الأبوين، فإن كان التعليق والفعل كلاهما في المرض ورثت بالاتفاق، وإن كان التعليق في الصحة والفعل في المرض، فكذلك أيضـاً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، كما إذا عَلَّقه بفعل نفسه، وعند محمد: لا ترث.

وكذلك إذا قذف امرأته فلاعن القاضي بينهما، عند أبي حنيفة وأبي يوسف: يعتبر وقت اللعان، وعند محمد: يعتبر وقت القذف، وفي كل موضع ورثت تعتد بِعِدَّة الطلاق والوفاة جميعاً في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: تعتد عدة الطلاق لا غير[1].

[تَعْلِيقُ الطَّلاقِ بالحَيْضِ]

قال: (ومن قال لزوجته: إذا حضت فأنت طالق، فقالت: حضتُ، [صدقت[2] و]طُلِّقت بعد أن يستمر [بها] الدم مقدار أقل الحيض: وهي ثلاثة أيام)[3].

الأصل في هذا: أنه متىٰ علق الطلاق بشيء لا يتوقف عليه إلاَّ من جهتها، كان القول قولها، ومتىٰ علق الطلاق بشيء يتوقف عليه من جهة غيرها، لا يقبل قولها إلا بالبَيِّنَةِ.

وبيان ذلك: إذا قال لامرأته: إذا حضتِ فأنتِ طالق، فحين ما رأت الدم وقع الطلاق، بشرط أن يستمر الدم إلى ثلاثة أيام.

ولو قال [لها]: إذا حضت حيضة فأنت طالق، [لا يقع الطلاق ما لم تحض وتطهر[4]، ....

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ١٢٠ - ١٢٢.

(٢) (لأن ذلك شيء يخصها من أمر نفسها، لا يطلع عليه غيرها، فكان قولها فيه كالبَيِّنَة فيما يخصها.

والدليل عليه: أنها إذا قالت: أنا حائض، لم يَحِلّ لزوجها وطؤها، وإذا قالت: قد طهرت، حَلّ له وطؤها ...، فجعل قولها فيما يخصها كالبينة). شرح المختصر ٥/ ١٢٢، ١٢٣.

(٣) مختصر الطحاوي ص ٢٠٤. انظر: المبسوط ٦/ ١٠٢.

(٤) (لأن الحيضة اسم لها بكمالها، ووجود الجزء منها، لا يسمىٰ حيضة، ويدل عليه قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم في السَّبَايا: (لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تُسْتَبْرأ بحيضة) [أبو داود (٢١٥٧)؛ والترمذي (١٥٦٤)، وقال: حديث غريب]، فعقل منه =

وكذلك إذا قال: إذا حضت نصف حيضة، فأنت طالق][١]، أو قال: سُدُسَ حيضةٍ، أو ثُلُثَ حيضةٍ، لا يقع الطلاق ما لم تحض وتطهر، وكذلك إذا قال: إذا حضت نِصْفَ حيضةٍ فأنت طالق، وإذا حضت نصفها الآخر فأنت طالق، لا يقع ما لم تَحِضْ وتطهر، فإذا حاضت وطهرت تقع تطليقتان.

ولو قال لها: أنت طالق في حيضك أو مع حيضك، فحين ما رأت الدم يقع الطلاق بشرط أن يستمر بها الدم إلى ثلاثة أيام.

ولو قال لها: أنت طالق في حيضتك أو مع حيضتك، فما لم تحض وتطهر لا يقع الطلاق، ولو كانت حائضاً في هذه الفصول كلها، لا يقع الطلاق/ ما لم تطهر [٢٣٦-ب]
من هذه وتحيض مرة أخرى.

(**ولو قال لها: إذا حضتِ فامرأتي الأخرىٰ طالق**)[٢]، وعبدي حر، فقالت: حضت، يقع الطلاق والعتاق [إذا] صَدَّقها الزوج، ولو كَذَّبها لا يقع)[٣].

ولو قال لها: إذا حضتِ فأنت طالق وفلانة [معك]، فقالت: حِضْتُ، إن صَدَّقَها الزوج يقع الطلاق عليهما جميعاً، وإن كذبها يقع الطلاق عليها ولا يقع على صاحبتها.

ولو قال لها: إذا ولدتِ فأنت طالق، فقالت: ولدت، لا يقع الطلاق ما لم يصدقها الزوج أو يشهد رجلان أو رجل وامرأتان [في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: يقع الطلاق إذا شهدت القابلة.

ولو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، أو إن كلمت فلاناً، فقالت له: دخلتُ أو

= وجودها بكمالها، إلى أن تطهر منها). شرح المختصر ٥/ ١٢٤.

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ، والزيادة من م.

(٢) مختصر الطحاوي ص٢٠٤.

(٣) ما بين القوسين متأخرة في م بسطرين.

كلمتُ، لا يقع ما لم يصدقها الزوج، أو يشهد عليها رجل، أو رجل وامرأتان][(١)]، بالاتفاق.

[تعليق طلاق المرأتين بالحيضة والولادة]

قال: **(ومن قال لامرأتيه: إذا حضتما حيضة فأنتما طالقان، أو إذا ولدتما فأنتما طالقان، كان ذلك على حيضة تكون من إحداهما، أو على ولد يكون من إحداهما)**[(٢)].

الأصل في هذا: أنه متىٰ أضاف الشيء الواحد إلى اثنين نظر: إن كان يستحيل وجود ذلك الشيء منهما، [يقتصر على أحدهما، وإن كان لا يستحيل وجوده منهما، يشترط وجوده منهما] جميعاً، وأصل ذلك قوله تعالى: ﴿ يَخْرُجُ مِنْهُمَا ٱللُّؤْلُؤُ وَٱلْمَرْجَانُ ﴾ [الرحمن: ٢٢]، وإنما يخرج من أحدهما من العذب لا من المالح[(٣)].

وقوله: ﴿ يَـٰمَعْشَرَ ٱلْجِنِّ وَٱلْإِنسِ أَلَمْ يَأْتِكُمْ رُسُلٌ مِّنكُمْ ﴾ [الأنعام: ١٣٠]، وإنما تأتي الرسل من الإنس لا من الجن[(٤)].

فإذا عرفنا هذا فنقول: إذا قال لامرأتيه: إذا حضتما حيضة فأنتما طالقان، أو إذا ولدتما ولداً [فأنتما طالقان]، فحاضت إحداهما، أو ولدت إحداهما، يقع الطلاق عليهما؛ لأنه يستحيل وجود حيضة أو ولد منهما جميعاً.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من م، وساقطة من أ، ج؛ (وذلك لأنها مخبرة عن نفسها، شاهدة في حق غيرها، ولا تقبل شهادتها وحدها في إيقاع العتق، وخبرها مقبول فيما يخصها، وهو طلاقها وما يتعلق بها من أحكامها). شرح المختصر ٥/ ١٢٣.

(٢) مختصر الطحاوي ص ٢٠٤.

(٣) انظر: تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص ١٨٠١ (دار ابن حزم).

(٤) انظر: المصدر السابق، ص ٦٦٤. (فلما وجدنا للكلام وجهاً صحيحاً نحمله عليه، لم نلغِه). شرح المختصر ٥/ ١٢٥.

ولو قالت إحداهما: حضت، إن صَدَّقَها الزوج يقع الطلاق عليهما، وإن كذبها يقع عليها، ولا يقع على صاحبتها؛ لأنها مصدقة في حق نفسها غير مصدقة في حق صاحبتها.

ولو قالت كل واحدة منهما: قد حِضْتُ، يقع الطلاق عليهما، سواء صَدَّقَهُمَا الزوج أو كذَّبهما.

ولو قال: إذا حضتما فأنتما طالقان، أو قال: إذا ولدتما فأنتما طالقان، أو قال: إذا ولدتما ولدين، فما لم يحيضا جميعـًا، أو يلدا جميعـًا، لا يقع الطلاق.

ولو قالت كل واحدة منهما: قد حضت، إن صَدَّقهما الزوج يقع عليها، وإن كَذَّبهما لا يقع عليهما، وإن صَدَّقَ إحداهما وكَذَّبَ الأخرىٰ، يقع الطلاق على المُكَذَّبَةِ ولا يقع على المُصَدَّقَة، تأمل فيه تدركه إن تشاء.

ولو قال: إن دخلتما هذه الدار وكَلَّمْتُمَا فلانـًا، أو لَبِسْتُمَا هذا الثوب، أو رَكِبْتُمَا هذه الدابة، أو أَكَلْتُمَا من هذا الطعام، أو شربتما من هذا الشراب، فلما لم يوجد فيهما جميعـًا، لا يقع الطلاق؛ لأنه لا يستحيل وجوده منهما(١).

[الطَّلَاقُ بِطَرِيْقِ الأَعْدَادِ والحِسَابِ]

قال: (**ومن قال لامرأته: أنت طالق اثنتين في اثنتين**)، فهذا على ثلاثة أوجه: إن نوىٰ [به] الظرف والوعاء، تقع تطليقتان بالاتفاق(٢)، وإن نوىٰ به (الواو) أو (مع) تقع ثلاث بالاتفاق، وإن نوىٰ [به] حساب الضرب تقع ثنتان عندنا، وعند زفر: يقع ثلاث(٣).

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ١٢٤، ١٢٥.

(٢) وذلك لأن الاثنتين لا يكون أبداً أكثر من اثنتين، وإن نوىٰ ضربـًا في غيرها. انظر: البناية في شرح الهداية ٤/ ٤١٧.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٠٤.

[اعتبار الطلاق بالنساء أو بالرجال]

قال: (وطلاق المرأة الحرة ثلاث تطليقات، سواء كان زوجها حُرًّا أو عبداً)(١).

الطلاق بالنساء، والعدة بالنساء عندنا، وعند الشافعي: الطلاق بالرجال، والعدة بالنساء(٢).

وتفسيره: حرة تحت حر، طلاقها ثلاث، وعدتها ثلاثة بالاتفاق.

أمة تحت عبد طلاقها ثنتان، وعدتها حيضتان بالإجماع.

حُرَّةٌ تحت عبد طلاقها ثلاث عندنا، وعند الشافعي: طلاقها ثنتان، وأجمعوا: أن عدتها ثلاث حِيَض.

أَمَةٌ تحت حر طلاقها ثنتان عندنا(٣)، وعنده: ثلاث، وعدتها حيضتان بالإجماع.

وأجمعوا: أن المنكوحة معتبرة بالرجال، فإن كان الزوج حراً يملك من النساء أربعا حرائر كن أو إماء، وإن كان الزوج عبداً يملك من النساء ثنتين حرتين كانتا أو أمتين.

[تَحْلِيْلُ النَّصْرَانِيَّة لِزَوْجِهَا المُسْلِمِ]

قال: (وتحل النصرانية لزوجها / المسلم الذي قَدْ طَلَّقَها ثلاثـًا، ثم تزوجها من [٢٣٧-ب]
بعده [من الأزواج على الصحة] من المسلمين البالغين، ومن المسلمين المراهقين

---

(١) المصدر السابق نفسه.

(٢) انظر: المهذب ٤/ ٢٨١، ٢٨٢؛ المنهاج ص ٤١٧؛ رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص ١٨٨.

(٣) والحجة للقول الأول: ما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (طلاق الأمة تطليقتان، وقرؤها حيضتان) [أبو داود (٢١٨٩)، وقال: هو حديث مجهول؛ والترمذي (١١٨٢) وقال: حديث غريب، لا نعرفه مرفوعـًا إلاَّ من حديث مظاهر بن أسلم، ومظاهر لا نعرف له في العلم غير هذا الحديث، وقال: والعمل على هذا عند أهل العلم].

غير البالغين، ومن العبيد والنصارى)(١)، وقد ذكرنا هذا في الكتاب.

[ثُبُوتُ نَسَبِ وَلَدٍ مِنْ امْرَأَةٍ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُوْلِ]

قال: (ومن طَلَّق زوجته ولم يدخل بها، ثم جاءت بولد فيما بينها وبين أقل من ستة أشهر من يوم طلقها، لزمه، ولو جاءت به لأكثر من ذلك لم يلزمه)(٢).

الأصل: أن كل امرأة لم تجب عليها العدة، فإن نسب ولدها لا يثبت من الزوج إلاَّ إذا علم يقيناً أنه منه، وهي أن تجيء به لأقل من ستة أشهر، وكل امرأة وجبت عليها العدة، فإنّ نسب ولدها يثبت من الزوج، إلاّ إذا علم يقينـاً أنه ليس منه، وهي أن تجيء به لأكثر من سنتين.

فإذا عرفنا هذا فنقول: رجل طلق امرأته قبل الدخول بها، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق، يثبت النسب(٣)، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً [لا] يثبت.

ولو قال لامرأة أجنبية: إذا تزوجتك فأنت طالق، ثم تزوجها وقع الطلاق، ثم إذا جاءت بولد لتمام ستة أشهر من وقت النكاح [يثبت النسب منه؛ لأنها إذا جاءت بولد لتمام ستّة أشهر من وقت النكاح](٤)، كان لأقل من ستة أشهر من

---

(١) مختصر الطحاوي ص ٢٠٤؛ (وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، وهذا زوج بنكاح صحيح). شرح المختصر ٥/ ١٢٩.

(٢) مختصر الطحاوي ص٢٠٤.

(٣) (وذلك لأنها إذا جاءت به لأقلّ من ستة أشهر، فقد علمنا كون العلوق في حال الفراش، وأنها طُلِّقَت وهي حامل، وكون العلوق في الفراش، يوجب ثبوت النسب؛ لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: ((الولد للفراش))، البخاري (١٩٤٨)؛ ومسلم (١٤٥٧).

وإذا جاءت به لستة أشهر، فهذا حمل قام بعد زوال الفراش، وبعدها صارت أجنبية، فلا يلحق نسبه بالزوج). شرح مختصر الطحاوي ٥/ ١٢٩، ١٣٠.

(٤) ما بين المعقوفتين مزيدة من م.

وقت الطلاق، ولو جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح لا يثبت النسب.

ولو طَلَّقها بعد الدخول بها، ثم جاءت بولد إلى سنتين، ثبت النسب وتنقضي العدة، ولو جاءت به لأكثر من سنتين إن كان الطلاق رجعياً يثبت النسب، ويصير الزوج مراجعاً لها، وإن كان الطلاق بائناً لا يثبت النسب ما لم يَدَّعِ الزوج، فإذا ادَّعىٰ الزوج ثبت النسب منه، وهل يحتاج إلى تصديقها أو لا[١]؟

فيه روايتان: في رواية يحتاج إلى تصديقها، وفي رواية لا يحتاج، هذا إذا طلقها، ولو مات عنها قبل الدخول بها، أو بعد الدخول بها، ثم جاءت بولد من وقت الوفاة إلى سنتين، ثبت النسب منه، وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت الوفاة، لا يثبت النسب، هذا كله إذا لم تقر بانقضاء العدة.

(ولو أقرت بانقضائها)[٢] وذلك في مدة تنقضي في مثلها العدة في الطلاق والوفاة، ثم جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ثبت النسب، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً من وقت الإقرار لا يثبت النسب، هذا كله إذا كانت كبيرة، سواء كانت ممن تحيض أو ممن لا تحيض.

وأما إذا كانت صغيرة فطَلَّقها زوجها، فإن كان قبل الدخول بها فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق يثبت النسب، وإن جاءت به لأكثر من ذلك لا يثبت النسب[٣].

[ثُبُوتُ النَّسَبِ إِذَا طَلَّقَ زَوْجَتَه بَعْدَ الدُّخُول]

وأما إذا طلقها [بعد] الدخول بها، فهاهنا أحوال ثلاثة: حالة الدعوىٰ، وحالة الإقرار، وحالة السكوت:

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٠٤.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م، ومكانها (وكذلك).

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٠٥.

فأما حالة الدعوىٰ: فهي أنها إذا ادّعت الحَبْلَ، ففي الطلاق الرجعي يثبت النسب إلى سبعة وعشرين شهراً، وفي الطلاق البائن يثبت النسب إلى سنتين.

ولو أقرت بانقضاء العدة، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار -وذلك لأقل من [تسعة][1] أشهر من وقت الطلاق-، ثبت النسب، وإن جاءت به لأكثر من ذلك لا يثبت.

ولو سكتت عن الدعوىٰ، وعن الإقرار بانقضاء العدة، فعند أبي حنيفة ومحمد: سكوتها بمنزلة الإقرار بانقضاء العدة، وإذا جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق يثبت النسب، وإلا فلا. وفي قول أبي يوسف: هذا كله كدعواها أنها حامل، ففي الطلاق الرجعي يثبت النسب إلى سبعة وعشرين شهراً، وفي الطلاق البائن والوفاة يثبت النسب إلى سنتين[2].

[الإِقْرَارُ بِانْقِضَاءِ العِدَّةِ]

[٢٣٧-ب] ثم الإقرار بانقضاء العدة / على وجهين: صريح، ودليل:

فالصريح أن تقول: انقضت عدتي، إن كان في مدة تنقضي في مثلها العدة تُصَدَّقُ، وإن كان في مدة لا تنقضي في مثلها العدة فإنها لا تُصَدَّق، إلا إذا قالت: أسقطت سقطاً[3] مستبين الخِلْقة أو بعض الخِلْقة، فإنها تصدق مع يمينها.

---

(١) في أ (سبعة) والمثبت من م.

(وذلك لأنا قد تيقنا بطلان إقرارها بانقضاء عدتها؛ لكونها حاملًا وقت الإقرار). شرح المختصر ٥/ ١٣١. انظر: البدائع ٣/ ٢١٤؛ تبيين الحقائق ٣/ ٤١.

(٢) وجاءت عبارة المختصر في المسألة: (وإن كان قد دخل بها، فإن جاءت به لأقلّ من سنتين من يوم طَلَّقَها، لزمه، وإن جاءت به لأكثر من ذلك، لم يلزمه إلاّ أن يكون بعدما طلقها أقرت بانقضاء العدة ...)، ص٢٠٤.

(٣) والسِّقط: إلقاء الجنين، يقال: (أسقطت الحاملُ): إذا ألقت سُقطًا -وهو بالحركات الثلاث-: الولد يسقط من بطن أمه ميتًا، وهو مستبين الخلق، وإلا فليس بسقط)، =

وأما الدليل: فهو أنها إذا تزوَّجت بزوج آخر بعدما مضت مدة تنقضي في مثلها العدة، ثم قالت: لم تنقضِ عدتي، فإنها لا تُصَدَّقُ لا في حق الزوج الأول ولا في حق الثاني، فنكاح الثاني جائز.

ولو جاءت بولد لأقل من ستة أشهر مُنْذُ تَزَوَّجَهَا الثاني، ولأقل من سنتين منذ طلقها الأول، فالنسب [يثبت] من الأول، ونكاح الثاني فاسد[1].

ولو جاءت به لتمام ستة أشهر فصاعداً مُنْذُ تَزَوَّجَهَا الثاني، ولأقل من سنتين منذ طلقها الأول، فالنسب من الثاني، فنكاح الثاني جائز.

ولو جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني، وأكثر من سنتين منذ طلقها الأول فالنسب لا يثبت من الأول، ولا من الثاني[2]، وهل يجوز النكاح أم لا؟ عند أبي حنيفة ومحمد: يجوز، وعند أبي يوسف: النكاح فاسد.

وهذا كرجل تزوج امرأة وهي حامل من زنا، جاز النكاح في قولهما، ولكن لا يقربها زوجها ما لم تضع حملها، وفي قول أبي يوسف: لا يجوز نكاحها ما لم تضع حملها.

ولو كان النكاح الثاني فاسداً كما إذا تزوّجت في عدتها، فإن النسب يثبت من الأول إذا أمكن، كما إذا جاءت بولد لأقل من سنتين من الأول، ولستة أشهر فصاعداً من الثاني، فالولد للأول؛ لأن النكاح الثاني فاسد، وإن لم يمكن فالنسب يثبت من الثاني، كما إذا جاءت به لأكثر من سنتين من الأول، ولستة أشهر من الثاني.

= المغرب (سقط).

(١) انظر: شرح المختصر ٥/ ١٣٣

(٢) المرجع السابق ٥/ ١٣٤

[إِلْحَاقُ طَلَاقٍ فِي عِدَّةِ طَلَاقٍ بَائِنٍ]

قال: **(ومن طلق زوجته تطليقة بائنةٍ بخُلْعٍ أو بما سِوَاه، ثم طَلَّقها وهي في العدة، وقع الطلاق)**(١).

الأصل في هذا: أن الصريح يلحق الصريح، (والبائن يلحق الصريح، والصريح يلحق البائن، [والبائن] لا يحلق البائن إلاّ إذا كان على جهة البناء.

وتفسيره: إذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق، ثم قال لها: أنت طالق وهي في العدة، يقع الطلاق، ولو قال لها: أنت بائن، يقع أيضاً إذا نوىٰ به الطلاق، تكونان بائنتين(٢).

ولو قال لها: أنت بائن، ثم قال لها: أنت طالق، يقع أيضاً، وتكونان بائنتين.

ولو قال لها: أنت بائن، ثم قال لها وهي في العدة: أنت بائن، لا يقع.

ولو قال لامرأته: إذا دخلت الدار فأنت بائن، ثم طَلَّقها أو خَلَعَها ثم دخلت الدار وهي في العدة، يقع الطلاق عندنا، وعند زفر: لا يقع.

ولو قال لها أولاً: أنت بائن، أو خَلَعَها ثم قال لها: إن دخلت الدار فأنت بائن ونوىٰ به الطلاق، فدخلت الدار وهي في العدة، لا يقع الطلاق.

ولو قال لامرأته: [واللهِ] لا أقربك، ثم قال -قبل مضي أربعة أشهر-: أنت

---

(١) تكملة العبارة: (... عليها إذا كان الطلاق مصرحاً غير مكني)، أي: بصريح الطلاق. مختصر الطحاوي ص ٢٠٥.

(ورُوي هذا القول عن ابن مسعود، وعمران بن حصين، وأبي الدرداء، وسعيد بن المسيب، وإبراهيم، والزهري)، كما قال الجصاص في الشرح ٥/ ١٣٤. انظر: السنن الكبرىٰ ٧/ ٣١٧.

(٢) انظر ما ذُكر في المسألة من الأدلة والعلل: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ١٣٤ - ١٣٨؛ أحكام القرآن للمؤلف ١/ ٣٩٦؛ البناية في شرح الهداية ٤/ ٦٦٠.

بائن ونوىٰ الطلاق، أو خلعها، يقع الطلاق، ثم إذا مضت أربعة أشهر وهي في العدة ولم يقربها، وقع الطلاق؛ لأن هذا على وجه البناء.

ولو خلعها أولًا ثم قال لها: أنت بائن ونوىٰ الطلاق، لا يقع، وكذلك إذا قال لها: والله لا أقربكِ، لا يصح الإيلاء ولا ينعقد.

وكل حكم عرفته في الطلاق الصريح، فكذلك في قوله: أنت واحدة، أو اعتدي، أو استبرئي رَحِمَك؛ لأن هذه الألفاظ كلها في معنىٰ الصريح.

قال: (**وإذا أعتقت الأمة كان لها الخيار في المقام مع زوجها حراً كان زوجها أو عبداً**)[1]، لما روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم [٢٣٨-أ] أنه قال لبريرة حين أعتقت: (**ملكت بضعك، فاختاري**)[2]، وفي قول الشافعي: إن كان الزوج حراً فلا خيار لها.

وكذلك إذا زَوَّجَ مكاتبته برضاها ثم أعتقها، فلها الخيار.

والأصل: أنه متىٰ تَمَّ عقد النكاح على المرأة وهي مملوكة، ثبت لها خيار العتق، ومتىٰ تم عليها وهي حرة فلا يثبت لها خيار العتق، وقد ذكرناه في كتاب النكاح. والله أعلم.

---

(١) مختصر الطحاوي ص٢٠٥.

(٢) الحديث بهذا اللفظ: أخرجه ابن سعد من مراسيل الشعبي، وأوصله الدارقطني من حديث عائشة، وفي الصحيحين عن عائشة: (أن بريرة عتقت، فخيّرها النبي صلىٰ الله عليه وسلم من زوجها) [البخاري (٢٣٩٩)؛ والجمع بين الصحيحين ٤/ ٢١]، كما ذكر ابن حجر في الدراية ٢/ ٦٤.

وانظر: نصب الراية ٣/ ٢٠٤.

باب الرجعة[١]

قال رضي الله تعالىٰ عنه: الرجعة مشروعة بقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وقال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: **(الزوج أحق برجعتها ما دامت في مغتسلها)**، وفي لفظ آخر: **(ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة)**[٢].

[أَحْكَامُ الطَّلَاقِ الرَّجْعِي]

ثم الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية، والأحكام المتعلقة بعقد النكاح قائمة بعد الطلاق: منها: التَّوَارُث، وصِحَّة الظِّهَار، والإِيْلاء، [وحِلُّ الوَطْءِ]، ويقع الطلاق عليها ما دامت معتدة، إلا أن الطلاق الرجعي يوجب نقصان العدد في الحال، والبينونة في ثاني الحال.

والعدة: من وقت الطلاق لا من وقت البينونة، وقد ذكرنا ألفاظ الرجعي وألفاظ البائن، وقد ذكرنا أن الرجعة على ضربين: سُنِّيَّة، وبِدْعِيَّة في صدر هذا الكتاب.

---

(١) (الرجعة -بالفتح وتكسر-: هي المراجعة، وهي عبارة عن ارتجاع المُطَلِّق مطلقته على حكم النكاح الأول، وهي تثبت في كل مطلقة بصريح الطلاق بعد الدخول، ما لم يستوف عدد الطلاق عليها، ولم يحصل في مقابلة طلاقها عوض، ويعتبر بقاؤها في العدة)، الجوهرة ١/ ٦٤.

(٢) اللفظ الآخر: رواه الشافعي في السنن المأثورة، من قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه ١/ ٣٤٦؛ ورواه سعيد بن منصور في سننه، عن عمر وعبد الله رضي الله عنهما، ١/ ٣٣٢؛ (ورواه الطبراني -ورجاله رجال الصحيح-) عن عمر رضي الله عنه، كما ذكر الهيثمي في مجمع الزوائد ٤/ ٣٣٧.

[انْقِطَاعُ الرَّجْعَةِ]

ثم المرأة إذا طهرت من الحيضة الثالثة إن كانت أيامها عشراً، فبنفس انقطاع الدم تبطل الرجعة، ولو كانت أيامها أقل من عشرة، فإن رجعته إياها لا تبطل ما لم تغتسل، أو يمضي عليها وقت صلاة أدنىٰ الصلوات إليها مع القدرة على الاغتسال.

ولو تَيَمَّمَت وصَلَّت انقطعت الرجعة، ولو تيممت ولم تُصَلِّ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف: لا تنقطع الرجعة ما لم تُصَلِّ، وفي قول محمد: تنقطع الرجعة.

وينبغي [له]: أن يعلمها بدخوله عليها، إذا كان من قصده أن لا يراجعها: بخفق النعل، أو بالتنحنح، أو بالنداء، أو ما أشبه ذلك؛ لكي تتأهب لدخوله عليها، حتى لا يقع نظره على فرجها لشهوة فيصير مراجعاً لها، وليس من قصده ذلك، فيطلقها، فيؤدي إلى تطويل العدة، وليس له أن يسافر بها ما لم يشهد على رجعتها عندنا(١)، وفي قول زفر: يجوز؛ لأن الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية(٢).

زوج المعتدة إذا قال بعد انقضاء العدة: قد كنت راجعتها في العدة، [وكذّبته المرأة، فالقول: قولها بالاتفاق.

ولو أن زوج المعتدّة الأمة قال بعد انقضاء عدتها: قد كنت راجعتها في العدّة]،

---

(١) قال الجصاص: (... وإنما صَحَّت الرجعة بغير إشهاد؛ لقول الله تعالىٰ: ﴿الطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وقال: ﴿فَإِذَا بَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ﴾ [الطلاق: ٢]، وقال: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، فأجازت الرجعة في هذه الوجوه من غير ذكر إشهاد، فوجب جوازها لعموم الآيات.
وإنما كره له إخراجها حتى يُشْهِد على رجعتها؛ لقول الله تعالىٰ: ﴿لَا تُخۡرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخۡرُجۡنَ﴾ [الطلاق: ١]). شرح مختصر الطحاوي ٥/ ١٤٠، ١٤١.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٠٥.

فصدقه المولىٰ وكذبته الأمة فالقول: قول الأمة، ولا تَصِحُّ الرجعة في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: (القول: قول المولىٰ.

ولو قال لها: راجعتكِ، فقالت مجيبة له: قد انقضت عدتي، لا تَصِحُّ الرجعة في قول أبي حنيفة، وفي قولهما)[١]: تصح، وأجمعوا أنها لو سكتت ساعة ثم قالت: انقضت عدتي، تصح الرجعة.

ولو بدأت المرأة بالكلام فقالت: انقضت عدتي، فقال الزوج مجيبًا لها موصولاً بكلامها: راجعتك، لا تصح الرجعة.

المرأة إذا أخبرت بانقضاء العدة: فإن كانت ممن لا تحيض لصغر أو كِبَر، فإنها لا تصدق في اقل من ثلاثة أشهر إذا كانت حرة بالاتفاق، وإن كانت ممن تحيض، فلا تصدق في أقل من ستين يومًا في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: لا تصدق في أقل من تسعة وثلاثين يومًا[٢].

[تصديق المرأة في انقضاء عدتها]

واختلفت الروايات في تفسير قول أبي حنيفة: أنها لا تصدق في أقل من ستين يومًا، وفي رواية محمد عنه: أنه يبدأ بالطهر خمسة عشر يومًا، ثمَّ بالحيض خمسة، ثم بالطُّهْرِ خمسة عشر يومًا، ثم بالحيض خمسة فثلاث مرات خمسة عشر يومًا [تكون خمسة وأربعين يومًا، وثلاث مرات خمسة، تكون خمسة عشر يومًا]، فتكون الجملة ستين يومًا.

[٢٣٨-ب] والحسن بن زياد/ فَسَّر قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ هذا: أنه يبدأ بالحيض عشرة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يومًا، ثم بالحيض عشرة، ثم بالطهر خمسة عشر،

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٠٥.

(٢) انظر: شرح المختصر ٥/ ١٤٢ وما بعدها؛ المبسوط ٦/ ٢٤؛ البدائع ٥/ ١٩٨٥.

ثم بالحيض عشرة، فثلاث مرات عشرة فتكون ثلاثين، ومرتان خمسة عشر تكون ثلاثين، فتكون جملته ستين يوماً.

ثم في قول أبي يوسف ومحمد: أنها تصدق في تسعة وثلاثين يوماً: أنه يبدأ بالحيض ثلاثة أيام، ثم بالطهر خمسة عشر يوماً، ثم بالحيض ثلاثة أيام، ثم بالطهر خمسة عشر، ثم بالحيض ثلاثة أيام، فثلاث مرات بثلاث تكون تسعة، ومرتان خمسة عشر تكون ثلاثين، فتكون جملته تسعة وثلاثين يوماً[١].

[عِدَّةُ الحَامِلِ]

رجل طَلَّقَ امرأته فجاءت بولد عقيب الطلاق بساعة، تنقضي به العدة.

(ولو طَلَّقها عقيب الولادة ثم قالت: انقضت عدتي عند أبي حنيفة: لا تُصَدَّقُ في أقل من خمسة وثمانين يوماً)[٢]، وفي رواية الحسن بن زياد: أنها لا تصدق في أقل من مائة يوم[٣].

وقال بعضهم: إنها لا تصدق في أقل من مائة يوم وخمسة عشر يوماً، وفي قول أبي يوسف: لا تصدق في أقل من خمسة وستين يوماً، وفي قول محمد: لا تصدق في أقل من اربعة وخمسين يوماً وساعة.

وهذه المسألة تبنىٰ عن مسألتين:

إحداهما ما ذكرنا: أن المرأة لا تُصَدَّقُ في أقل من ستين يوماً عند أبي حنيفة.

---

(١) مختصر الطحاوي ص ٢٠٦.
(٢) مختصر الطحاوي ص ٢٠٦.
(٣) لأن خمسة عشر يوماً زادت بين النفاس والحيض.
والمائة يوم كما وَضَّحَ الطحاوي: (لأنها تكون نفساء خمسة وعشرين يوماً، وطاهراً خمسة عشر يوماً، وحائضاً عشرة أيام، وطاهراً خمسة عشر يوماً، وحائضاً عشرة أيام، وطاهراً خمسة عشر يوماً، وحائضاً عشرة أيام)، مختصر الطحاوي ص٢٠٦.

[الطُّهْرُ المُتَخَلِّل بَيْنَ دَمَيْ النِّفَاسِ]

والثانية: أن الطهر المتخلل بين دمي النفاس في الأربعين، لا يفصل في قول أبي حنيفة، ويكون كله نفاساً، وفي قولهما: الطهر إذا كان خمسة عشر يوماً، فصل: فالأول نفاس، والثاني حيض.

ثم في هذه المسألة أبو حنيفة: يجعل النفاس خمسة وعشرين يوماً، والطهر خمسة عشر حتى تأمن على انتقاءٍ من الطهر بعد ذلك.

على رواية محمد: [الحيض] خمسة، ثم الطهر خمسة عشر، ثم الحيض خمسة، ثم الطهر خمسة عشر، ثم الحيض خمسة، فتكون جملته خمسة وثمانين يوماً.

وعلى رواية الحسن: أنه يجعل الحيض عشرة، فيزيد على ذلك خمسة عشر، فتكون مائة يوم.

وأما من قال: مائة وخمسة عشر يوماً، فإنه يجعل النفاس أربعين يوماً والطهر خمسة عشر، ثمّ بعد ذلك ستون يوماً، فتكون جملته مائة وخمسة عشر يوماً.

وفي قول أبي يوسف: يجعل النفاس أحد عشر يوماً؛ لأن النفاس في الغالب يكون أكثر من الحيض، وأكثر الحيض عشرة، فكان النفاس أحد عشر يوماً؛ لأن ما دون اليوم ساعات لا يمكن ضبطها، (وخمسة عشر طهر، ثم عدتها تسعة وثلاثين يوماً، فتكون جملته خمسة وستين يوماً.

وعلى قول محمد: يجعل النفاس ساعة)، والطهر خمسة عشر يوماً، ثم عدتها تسعة وثلاثين يوماً، فتكون جملته أربعة وخمسين يوماً وساعة.

[والله سبحانه وتعالىٰ أعلم بالصواب][1].

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ١٣٩ وما بعدها.

باب الإيلاء[1]

[الأصل في الإيلاء]

قال رضي الله تعالىٰ عنه: الأصل في باب الإيلاء قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦ - ٢٢٧]، قال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه في تفسير هذه الآية: عزيمة الطلاق تربص: الأربعة أشهر، والفيء: هو الجماع في الأربعة أشهر[2].

ثم الأصل بعد هذا: أنه متىٰ حصل له غاية، نظر: إن كان ذلك مما [لا] يرجىٰ وجودها في المدة، فإنه يكون مولياً، وإن كان مما يرجىٰ وجودها في المدة لا مع بقاء النكاح، فإنه يكون موليا أيضاً.

وإن كان مما يرجىٰ وجودها في المدة مع بقاء النكاح، فإنه ينظر: إن كان مما يحلف/ به فقد كان أوجبه على نفسه، فإنه يكون مولياً. [٢٣٩-أ]

وكذلك إذا جعله غاية في قول أبي حنيفة ومحمد، وفي قول أبي يوسف: لا يكون مولياً.

وإن كان مما لا يحلف به ولا يقدر، فإنه لا يكون مولياً بالاتفاق، سواء أوجبه على نفسه، أو جعله غاية.

---

(١) (الإيلاء -ممدود- في اللغة: اليمين.
وفي الشرع: عبارة عن اليمين على ترك وطء الزوجة في صفة مخصوصة)، الجوهرة ١/ ٧١.
(٢) انظر: تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص ٢٠٠.

[صُوْرَةُ الإِيْلاَءِ]

وصورة الإيلاء: هو أن الرجل يقول لامرأته: والله لا أقربك، ذكر الأبد أو لم يذكر، أو قال: والله لا أجامعك، أو لا أباضعك، أو لا أَطَؤُكِ، أو قال: لا اغتسل منك من الجنابة، فإنه يكون مولياً[١].

ولو قال: لم أَنْوِ الجماع يُدَيّن فيما بينه وبين الله تعالىٰ، ولا يدين في القضاء.

ولو قال: والله لا أمسك، أو لا الإمساك، أو قال: لا يجتمع رأسي ورأسك، أو قال: والله لأَغِيْظَنَّكِ، أو لأَسْوَأَنَّكِ، أو لا أقرب فراشك، أو لا أدخل عليك، إن نوىٰ الجماع كان مولياً، وإن لم ينو فلا يكون مولياً.

وكذلك إذا قال: وعز الله وجلال الله، وجميع الألفاظ التي يذكرها في كتاب الأيمان، أنه لا يكون يميناً هناك، لا يكون إيلاء هاهنا، وكل ما كان يمينًا هناك كان إيلاءهاهنا.

[كفارة الإيلاء]

ثم إذا مضت الأشهر الأربعة التي بعد انعقاد الإيلاء عليها، ولم يقربها في المدة، بانت منه بتطليقة[٢]، واليمين على حالها، حتى إذا قربها بعد هذا كَفَّر يمينه، والعدة تجب من وقت البينونة، وإن قربها في الأربعة أشهر حنث في يمينه وعليه كفارة يمين، ولا تبين منه امرأته بمضي الأربعة الأشهر.

---

(١) وزاد أبو الليث على هذه الصور، صورًا أخرىٰ مما يصير قائلها مولياً: (والله لا أغشاك. والله لأبغضك). خزانة الفقه ص١٣٤.

(٢) (أما وقوع الطلاق بمضيّ المدة، فإنه روي عن: علي، وابن مسعود، وعثمان بن عفان، وزيد بن ثابت، وابن عباس، وابن عمر، رواية: أن الطلاق يقع بمضيِّ المدة ما لم يف في المدة). شرح مختصر الطحاوي ٥/ ١٥٠؛ وانظر: أحكام القرآن للمؤلف ١/ ٣٥٩؛ مصنف عبد الرزاق ٦/ ٤٥٣.

[مَعْنَىٰ: لا يُرْجَىٰ وُجُودُهَا فِي المُدَّةِ]

ويعني قولنا: (لا يرجى وجودها في المدة)، أن الرجل إذا قال لامرأته: والله لا أقربك حتى أصوم المُحَرَّم وهو في رجب، يكون مولياً، وكذلك لو قال: والله لا أقربكِ إلا في مكان كذا، وبينه وبين ذلك المكان مسيرة أربعة أشهر فصاعداً، فإنه يكون مولياً، وإن كان أقل من ذلك لا يكون مولياً.

وكذلك لو قال: والله لا أقربك حتى تفطمي صبيك، وبينها وبين الفِطام أربعة أشهر فصاعداً، فإنه يكون مولياً، وإن كان أقل من ذلك، لا يكون مولياً.

ولو قال: والله لا أقربك حتى تطلع الشمس من مغربها، أو حتى يخرج الدجال، كان ينبغي في القياس أن لا يكون مولياً؛ لأنه يرجىٰ وجوده ساعة فساعة، وفي الاستحسان يكون مولياً؛ لأن هذا اللفظ في العرف والعادة إنما يكون للتأبيد.

وكذلك إذا قال لامرأته: والله لا أقربك حتى تقوم الساعة، أو حتىٰ يلج الجمل في سَمِّ الخياط، فإنه يكون مولياً.

[مَعْنَىٰ: يُرْجَىٰ وُجُودُهَا لَا مَع بَقَاءِ النِّكَاحِ]

ومعنىٰ قولنا: (يرجىٰ وجودها لا مع بقاء النكاح): أن الرجل إذا قال لامرأته: والله لا أقربك حتى تموتي، أو حتىٰ أموت، أو حتىٰ تقتلي، أو حتى أقتل، أو حتىٰ تقتليني، أو حتىٰ أقتلك، فإنه لا يكون مولياً بالاتفاق.

وكذلك إذا كانت امرأته أَمَةً فقال: والله لا أقربك حتى أملكك، أو حتى أملك شقصاً منك، فإنه يكون مولياً.

ولو قال: والله لا أقربك حتى أشتريك، فإنه لا يكون مولياً؛ لأنه قد يشتريها لغيره فلا يفسد النكاح.

ولو قال: حتى أشتريك لنفسي، فإنه لا يكون موليـًا؛ لأنه لعله يشتريها لنفسه شراءً فاسداً [فلا يملكها قبل القبض]، ولو قال: والله لا أقربك حتى أشتريك لنفسي وأقبضك، كان موليـًا.

[مَعْنَىٰ: يُرْجَىٰ وُجُودُهَا فِي الْمُدَّةِ مَع بَقَاءِ النِّكَاحِ]

ومعنىٰ قولنا: (يرجىٰ وجودها في المدة مع بقاء النكاح)، كما يحلف به وينذر واجبه على نفسه، وهو أن الرجل إذا قال لامرأته: إن قربتك فعبدي حر، أو قال: فامرأته الأخرىٰ طالق، أو قال: فأنت طالق، كان موليـًا.

وكذلك لو قال: إن قربتك فَعَلَيَّ عتق رقبة، أو العمرة، أو الحج، أو المشي إلى بيت الله سبحانه وتعالىٰ، أو الصوم، كان موليـًا[1].

[٢٣٩-ب] ولو قال [لها]: إن قربتك/ [فَعَلَيَّ صلاة] في قول أبي يوسف الآخر[2]: لا يكون موليـًا، وفي قول محمد: يكون موليـًا، وهذا قول أبي يوسف الأول، ولم يذكر قول أبي حنيفة.

ولو قال: والله لا أقربك حتى أعتق عبدي، أو حتى أُطَلِّقَ امرأتي، كان موليـًا في قول أبي حنيفة ومحمد، وفي قول أبي يوسف: لا يكون موليـًا.

ومعنىٰ قولنا: (لا يحلف به ولا ينذر): وهو أن الرجل إذا قال لامرأته: إن قربتك فَعَلَيَّ قتل عبدي، أو شتم عبدي، أو قتل فلان، أو ضرب فلان أو شتمه، فإنه لا يكون موليـًا.

وكذلك إذا جعله غاية، فهو أن يقول: والله لا أقربك حتى أقتل عبدي، أو حتى أضرب عبدي وما أشبهه، فإنه لا يكون موليـًا.

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٠٧.

(٢) ذكر الجصاص أبا حنيفة مع أبي يوسف. الشرح ٥/ ١٥٥.

[متىٰ يكون الزوج مولياً]

ثم الأصل: أن كل يمين تمنع جماع الزوجة في المدة إلاّ بحق يلزمه، فهي إيلاء.

بيانه: إذا قال لامرأته: والله لا أقربك أربعة أشهر، كان مولياً(١)، وإن كان أقل من ذلك لا يكون مولياً، ولو قال: لا أقربك، ولم يقل: والله، لا يكون مولياً؛ لأنه لا يلزمه شيء بالقربان(٢).

ولو قال: إن قربتك فعبدي حر، أو قال: فامرأتي طالق، يكون مولياً؛ لأنه يلزمه بالقربان حق: وهو الطلاق، والعتاق.

قال: **(والعبد في الإيلاء كالحر، وإنما ينظر في ذلك إلى الزوجة، [لا إلى الزوج]، فإن كانت أمة فمدتها شهران، وإن كانت حرة فالإيلاء منها أربعة أشهر)**(٣).

ولو آلىٰ من امرأته وهي مملوكة، ثم أعتقت في العدة، تحولت مدتها إلى مدة الحرائر، بخلاف ما إذا طلقها طلاقاً بائناً، ثم أعتقت في العدة، حيث لا تتحول عدتها إلى عدة الحرائر.

---

(١) وزاد أبو الليث من صور الأيمان التي يصير بها مولياً، فقال: (خمسة أيمان يصير الرجل بها مولياً: ١- قوله: والله لا أقربك أربعة أشهر [ذكرها المؤلف]. ٢- وبالطلاق لا أقربك أربعة أشهر. ٣- وبالحج لا أقربك أربعة أشهر. ٤- وبالصدقة لا أقربك أربعة أشهر. ٥- وبالصيام لا أقربك أربعة أشهر. فإن قرَّبها، كفَّر عن يمينه بكفارة اليمين، وعن يمينه بالطلاق والعتاق وغيرهما، لزمه ما حلف به). خزانة الفقه ص١٢٤، ١٢٥.

(٢) ذكر أبو الليث: (أربعة أيمان لا يصير الرجل بها مولياً: ١-٢- إذا خلف بأقل من أربعة أشهر في الحرة، وأقل من شهرين في الأمة. ٣-٤- أو حلف لا يقربها ببغداد، أو في هذا البيت، أو هذه الدار). خزانة الفقه ص١٣٥.

(٣) مختصر الطحاوي ص ٢٠٧.

ثم الإيلاء يشبه الطلاق الرجعي، كما أنه في الطلاق الرجعي مُخَيَّر بين الدفع والترك، وكذلك في الإيلاء، وكما أن الطلاق الرجعي يوجب البينونة في ثاني الحال، فكذلك الإيلاء يوجب البينونة في ثاني الحال، إلا أن الطلاق الرجعي يوجب نقصان العدد في الحال، والعدة من وقت الطلاق، والإيلاء يوجب نقصان العدد[١] في ثاني الحال، والعدة من وقت البينونة.

[رفع الإيلاء بالقول والفعل]

قال: (**ومن آلىٰ من امرأته وبينها وبينه مسيرة أربعة أشهر فصاعداً، كان فيه الرضا بالبيان أن يقول: فئت إليها**)[٢].

والأصل في هذا: أنه ومتىٰ وقع الإيلاء إذاً بالقول، شرع رفعه بالقول[٣]، ومتىٰ وقع الإيلاء[٤] بالفعل شرع رفعه بالفعل.

الفيء بالقول يدل على الفيء بالفعل، فإذا قدر على الفيء بالفعل في المدة بطل الفيء بالقول، والفيء بالقول يصح في المدة ولا يصح بعد مضي المدة، ويرفع المدة ولا يرفع اليمين، والفيئ بالفعل يصح في المدة ولا يصح بعد مضي المدة أيضاً، ولكنه يرفع المدة واليمين جميعاً، والمدة المنعقدة لا تبطل بالبينونة، وبعد البينونة لا تنعقد ابتداءً.

فإذا عرفنا هذا فنقول: رجل آلىٰ من امرأته وهما صحيحان يطيقان الجماع، فإن فيئه لا يصح إلا بالفعل، يعني به الجماع في الفرج.

---

(١) والعبارة في م (والإيلاء لا يوجب نقصان العدد في الحال).

(٢) وفي المختصر العبارة: (... فإنه فيئه بلسانه أن يقول: قد فئت) ص٢٠٧.

(٣) (وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿فَإِن فَآءُو﴾ [البقرة: ٢٢٦]، وهذا قد فاء؛ لأن الفيء: الرجوع إلى الشيء، وهو قد كان ممتنعاً من وطئها بالقول: وهو اليمين، فإذا قال: قد فئت إليها، قد رجع عن ذلك القول إلى ضدِّه، فتناوله العموم)، كما ذكر الجصاص في الشرح ٥/ ١٥٦.

(٤) في ج، م (الأذىٰ) في الموقعين.

ولو قَبَّلَها لشهوة، أو لمسها لشهوة، أو نظر إلى فرجها لشهوة، أو جامع فيما دون الفرج، لا يكون فيئًا، بخلاف الرجعة، فإن في الرجعة إذا قبلها لشهوة، أو لمسها لشهوة، أو نظر إلى فرجها لشهوة، أو جامع فيما دون الفرج، صار مراجعاً.

ولو آلىٰ من امرأته وهو مريض لا يطيق الجماع، أو هي مريضة ففاء بالقول، فإنه يَصِحُّ هذا الفيء بشرط أن يدوم ذلك إلى مضي أربعة أشهر، حتى أنه إذا صَحَّ[1] قبل مضي أربعة أشهر، بطل فيه بالقول، وكذلك لو كان بينها وبينه مسيرة أربعة أشهر.

ولو آلىٰ من امرأته وهو محبوس، أو هي محبوسة، أو كان بينه وبين امرأته أقل من أربعة أشهر، إلاّ أن العدو أو السلطان يمنعه من ذلك، فإنه فيئه لا يصح إلا بالفعل.

[٢٤٠-أ] وكذلك لو آلىٰ من امرأته [وهو مُحْرِمٌ] أوهي مُحْرِمَة / وبينه وبين وقت الحج أربعة أشهر، فإن فيئه لا يصح إلا بالفعل[2]، وإن كان عاصياً في فعله.

ولو آلىٰ وهو صحيح ثم مرض بعد ذلك، أو آلىٰ وهو مريض ثم برئ بعد ذلك، كان في كلا الجانبين صحيحاً، ثم مرض في خلال ذلك، فإنه لا يصح فيئه إلا بالفعل.

---

(١) في م (برأ).

(٢) قال الجصاص في ذلك: (والإحرام ليس بعذر في الفيء بالقول؛ لأن تحريم الوطء بفعله، وهو حقٌ الله تعالىٰ، فلا يسقط حقها من الوطء)، ٥/ ١٥٧.

قال السرخسي: (وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ، وعند أبي يوسف: فيئه الرضا باللسان؛ لأنه ممنوع من جماعها في المدة شرعاً). انظر: المبسوط ٧/ ٢٩؛ وللتفصيل: أحكام القرآن للمؤلف ١/ ٣٥٨.

[تَعْلِيْقُ القُرْبَانِ بِعِتْقِ عَبْدٍ ثُمَّ بِيْعَ العَبْدُ]

قال: (**ومن حلف على قربان امرأته بعتق عبد له، ثم باعه سقط الإيلاء**)[١]؛ لأنه لا يلزمه بالقربان شيء، ثم إذا دخل في ملكه بوجه من الوجوه قبل القربان انعقد الإيلاء، ولو دخل في ملكه بعد القربان، لا ينعقد الإيلاء.

ولو قال: إن قربتك فعَبْدَيَّ هَذَانِ حُرَّان، فمات أحدهما أو باع أحدهما، لا يبطل الإيلاء؛ لأنه يلزمه بالقربان عتق، ولو ماتا أو باعهما جميعًا معًا، أو على التعاقب، بطل الإيلاء، ولو دخل أحدهما في ملكه بوجه من الوجوه قبل القربان، انعقد الإيلاء، ثم إذا دخل الآخر في ملكه، انعقد الإيلاء من وقت دخول الأول.

[الإِيْلاءُ بَعْدَ البَيْنُوْنَةِ]

قال: ومن حلف لا يقرب امرأته إلى وقت وَقَّتَه في يمينه[٢]، فتركها ولم يقربها حتى مضت أربعة أشهر، بانت بتطليقة واحدة، ولو مضت أربعة أشهر أخرىٰ بعد ذلك قبل أن يتزوجها، لا تبين أخرىٰ، وإن كانت في العدة بعد، [ولو تزوّجها ولم يقربها حتى مضت أربعة أشهر أخرىٰ، بانت بتطليقة أخرىٰ]، ولو تزوجها ولم يفِ[٣] إليها حتى مضت أربعة أشهر أخرىٰ، بانت منه بتطليقة أخرىٰ، ووقعت عليها ثلاث تطليقات، ولا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره، فلو أنها تزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الزوج الأول، لا ينعقد الإيلاء؛ لأن الإيلاء كان في الملك الأول، وقد زال ذلك الملك، ولكن إذا قربها حنث في يمينه، ووجبت عليه كفارة اليمين.

---

(١) مختصر الطحاوي ص٢٠٨؛ (وذلك لأنه يصل إلى وطئها في هذه الحال بغير حنث يلزم، ومتىٰ أمكنه وطؤها بغير حنث، لم يكن موليًا، كما لو حنث، فسقطت يمينه، بطل الإيلاء؛ لأنه يمكنه وطؤها بير حنث). شرح المختصر ٥/ ١٥٧.

(٢) في المختصر: (في نفسه) ص٢٠٨.

(٣) في م (ولم يقربها).

وكذلك لو آلىٰ من امرأته ثُمَّ طلقها ثلاثـاً، وتزوجت بزوج آخر، ثم عادت إلى الزوج الأول لا ينعقد الإيلاء، ولكن إذا قربها حنث في يمينه، ووجبت عليه كفارة اليمين[١].

ولو آلىٰ من امرأته ولم يفِ إليها حتى مضت أربعة أشهر، بانت [منه] بتطليقة، فلو تزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة، ثم عادت إلى الزوج الأول ينعقد الإيلاء بالاتفاق، إلّا عند أبي حنيفة وأبي يوسف: ينعقد الإيلاء بثلاث تطليقات، وعند محمد: ينعقد بما بقي من الطلاق[٢].

[قوله: (إن قربتك فأنت عليَّ حرام)]

قال: (ومن قال لامرأته: إن قربتك فأنت عَلَيَّ حرام، فإنه يسأل عن يمينه؟)[٣].

أجمعوا أنه لو قال لها: إن قربتك فأنت طالق، يصير مولياً من ساعته، ولو قال: إن قربتك فوالله لا أقربك، فإنه لا يصير مولياً ما لم يقربها.

ولو قال: **(إن قربتك فأنت عَلَيَّ حرام[٤]، إن نوىٰ [به] الطلاق يكون مولياً في**

---

(١) (وذلك لأن الإيلاء له حكمان: حكم الحنث، وحكم الطلاق، وحكم الطلاق لا يثبت إلا في ملك، أو مضافاً إلى ملك، والطلاق الذي استفاده الأول بالزواج الثاني، لم يكن في ملكه وقت اليمين، ولا كانت اليمين مضافة إليه، فلم يقع به الطلاق). شرح مختصر الطحاوي ٥/ ١٥٨.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ١٥٨؛ شرح فتح القدير ٤/ ١٩٥.

(٣) ولفظ الطحاوي: (سئل عما نوىٰ بتلك الحرمة ...) ص٢٠٨.

(٤) وقد فصَّل أبو الليث قول: (أنتِ عَلَيَّ حرام) بقوله: (قوله: أنتِ عَلَيَّ حرام: على خمسة أوجه: ١- إن أراد به اليمين، كان يميناً. ٢- وإن أراد به الظهار، كان ظهاراً. ٣- وإن أراد به الطلاق كان طلاقاً بائناً، إلاّ أن ينوي به الثلاث. ٤- وإن أراد به الكذب، فهو كما أراد. ٥- وإن أراد به التحريم، كان يميناً، ويكون إيلاءً في قولهم جميعاً. والله أعلم). خزانة الفقه ص١٣٦.

قولهم)[١]، وإن نوىٰ [به] اليمين، فإنه لا يكون مولياً في قولهما ما لم يقربها، فإذا قربها كان مولياً، كما لو قال: إن قربتك فوالله لا أقربك، وفي قول أبي حنيفة: يكون مولياً.

وروىٰ الطحاوي عن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أنه لا يكون مولياً[٢] كما قالا.

[الإِيْلَاءُ بامْرَأَتَيْن بِلَفْظٍ وَاحِدٍ]

قال: (**ومن قال لامرأتيه: والله لا أقربكما**)[٣].

هاهنا ثلاث مسائل: إمّا أن يقول: والله لا أقربكما، أو يقول: والله لا أقرب إحداكما، أو يقول: والله لا أقربن واحدة منكما.

فإن قال: لا أقربكما كان مولياً منهما، فإذا مضت أربعة أشهر، بانتا منه جميعاً إن لم يقربهما، ولو قرب إحداهما بطل إيلاؤها، وإيلاء الثانية[٤] على حالها، ولو قربهما بطل إيلائهما، وتجب عليه كفارة اليمين.

ولو ماتت إحداهما قبل مضي أربعة أشهر، بطل إيلاؤها، ولا تجب عليه كفارة [اليمين]، وإن قرب بعد ذلك بالاتفاق، ولو طلق إحداهما، لا يبطل الإيلاء.

ولو قال: (والله لا أقرب إحداكما)، فإنه يكون مولياً من إحداهما بغير عينها[٥]، فإن أراد أن يعين إحداهما قبل مضي أربعة أشهر، ليس له ذلك: كرجل قال لامرأتيه: إذا جاء غد فإحداكما طالق، ثم أراد أن يبين إحداهما / قبل مجيء [٢٤٠-ب]
الغد، ليس له ذلك، فإن انقضت أربعة أشهر ولم يقربهما، بانت إحداهما بغير

---

(١) (لأنه بمنزلة من قال لامرأته: إن قربتك فأنت طالق). شرح المختصر ٥/ ١٥٩.
(٢) وقال: (وهو الصحيح على أصله)، المختصر ص ٢٠٩.
(٣) تكملة العبارة: (... كان مُولياً منهما جميعاً استحساناً)، مختصر الطحاوي ص ٢١٠.
(٤) في م، ج (الباقية).
(٥) في م (بلا يمين).

عينها[١]، ويؤمر بالبيان، وانعقد الإيلاء على الباقية.

ولو مضت ثمانية أشهر ولم يُبَيِّنْ، [بَانَتَا جميعـًا]، وكذلك لو عَيَّنَ في إحداهما ثم مضت أربعة أشهر أخرىٰ، بانت الأخرىٰ، ولو قرب واحدة منهما بطل الإيلاء، وتجب الكفارة؛ لوجود شرط حنثه: وهو قربان إحداهما، ولو ماتت إحداهما، أو طلق إحداهما ثلاثـًا، أو بانت بلا عِدَّةٍ، تعينت الباقية للإيلاء.

ولو قال: والله لا أقرب واحدة منكما، فإنه يصير موليـًا منهما[٢]، فإذا مضت أربعة أشهر ولم يقربهما، بانتا جميعـًا.

ولو قرب واحدة منهما بطل الإيلاء[٣]، وتجب عليه الكفارة: لوجود شرط حنثه، بخلاف ما إذا قال: والله لا أقربكما، فقرب إحداهما، لا يبطل إيلاء الباقية، ولا تجب الكفارة[٤].

[الإِيْلاءُ مِنْ امْرَأَتِه وأَمَتِه بِلَفْظٍ وَاحِدٍ]

ولو قال: لامرأته وأمته: والله لا أقربكما، فإنه لا يكون موليـًا من امرأته ما لم يقرب الأمة، فإذا قرب الأمة صار موليـًا من الحرة بعد القربان.

ولو قال: والله لا أقرب إحداكما، فإنه لا يكون موليـًا قط؛ لأن الإيلاء يعقب الطلاق، فصار كما لو قال لامرأته وأمته: إحداكما طالق، لا يقع، كذا هاهنا.

---

(١) وعبارة المختصر هنا: (... فإذا مضت الأربعة الأشهر، كان عليه أن يوقع الطلاق على إحداهما، ثم يكون موليـًا من الأخرىٰ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما، وبه نأخذ)، ص٢١٠.

(٢) (لأن قوله: (واحدة منكما)، يتناول كل واحدة منهما على حيالها؛ لأنها نكرة شائعة، ألا ترىٰ أنه يصح دخول حرف الجمع عليهما، بأن يقول: كل واحدة منكما، وكان القياس: أن يكون موليـًا من إحداهما؛ لأنه يحنث بوطء إحداهما). شرح المختصر ٥/ ١٦٥.

(٣) في م (إيلاؤهما).

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢١٠.

ولو قرب [إحداهما] حنث، وتجب الكفارة بوجود شرط الحنث، كما لو قال لأجنبية: والله لا أقربك، فتزوجها[١]، حنث ولا يكون إيلاءً، كذلك هاهنا.

ولو قال: والله لا أقرب واحدة منكما، فإنه يكون موليًا من امرأته؛ لأن الواحدة إذا دخلت في النفي تعم على الأفراد، كما لو قال: لا أكلم واحداً من رجال الكوفة، إلا أنه لو قرب إحداهما حنث؛ لأن شرط حنثه قربان واحدة منهما، لا قربانهما، وقد وُجِدَ.

ولو أن رجلاً له امرأتان: إحداهما حرة، والأخرىٰ أمة، فقال لهما: والله لا أقربكما، فإنه يكون موليًا منهما جميعًا، فإذا مضىٰ شهران ولم يقربهما، بانت الأمة، وإذا مضىٰ شهران آخران، بانت الحرة.

ولو قال: والله لا أقرب إحداهما، فإنه يكون موليًا من إحداهما بغير عين، فإذا أراد تعيين إحداهما قبل مضي الشهرين، ليس له ذلك، فإذا مضىٰ شهران ولم يقربهما، بانت الأمة لسبق مدتها لا للتعيين، واستؤنف الإيلاء على الحرة، فإذا مضت أربعة اشهر ولم يقربها، بانت الحرة، ولو كاتب الأمة قبل مضي الشهرين تعينت الحرة للإيلاء من وقت اليمين.

ولو قال: والله أقرب واحدة منكما، فإنه يكون موليًا منهما جميعًا، (حتى أنه إذا مضىٰ شهران بانت الأمة، ثم إذا مضىٰ شهران آخران بانت الحرة، ولو قرب واحدة منهما حنث)[٢] وبطل الإيلاء.

قال: (**ومن قال لزوجته: والله لا أقربك سنة إلا يومًا، لم يكن موليًا في الحال**)[٣]، وكذلك إذا قال: والله لا أقربك سنة إلا مرة، ثم إذا قربها ففي قوله: إلا يومًا، لم يكن

---

(١) في م، ج (ثم قربها).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٣) مختصر الطحاوي ص ٢١٠.

مولياً ما لم تغرب الشمس في ذلك اليوم[١]، وهذا إذا كان قد بقي من السنة أربعة أشهر أو أكثر، فإن كان بقي أقلَّ من ذلك لا يكون مولياً، وفي قوله: إلا مرة، يكون مولياً بعد القربان إن بقي بعد القربان أربعة أشهر فصاعداً كان مولياً، وإلا فلا.

[مَا يَصِيرُ بِهِ مُوْلِيـاً مِن عِبَارَاتِ الطَّلَاقِ]

ولو قال لامرأته: أنت طالق قبل أن أقربك بشهر، فقبل تمام الشهر من وقت اليمين إذا قربها، بطلت اليمين، ولو لم يقربها حتى مضىٰ شهر يصير مولياً، فإن قربها بعد ذلك وقع الطلاق، وإن لم يقربها حتىٰ مضت أربعة أشهر، بانت بالإيلاء، ولو قال: أنت طالق ثلاثـاً قبل أن أقربك، ولم يقل بشهر، فإنه / لا يصير مولياً [٢٤١-أ]
ويقع الطلاق من ساعته؛ لأن هذا الوقت قبل القربان.

ولو قال: أنت طالق ثلاثـاً قبل أن [أقربك، فإنه] يصير مولياً، فإن قربها، وقع الطلاق بعد القربان بلا فصل، ولو تركها حتى مضت أربعة أشهر، بانت بالإيلاء، ولا يشبه قوله: قبل أن أقربك، قوله: قُبَيْل أن أقربك[٢].

[الإيلاء في مَجْلِسٍ واحدٍ ثلاث مرات]

قال: **(ولو آلىٰ من امرأته في مجلس واحد ثلاث مرات)**[٣]، كما إذا قال: والله لا أقربك، والله لا أقربك، والله لا أقربك، فإن أراد به التكرار فالإيلاء واحد، واليمين واحدة، وإن لم تكن له نية فالإيلاء واحد، واليمين ثلاث، وإن أراد به التغليظ والشدة،

---

(١) (وذلك لأنه استثنىٰ من المدة يوماً منكوراً، فلم يتناول يوماً بعينه، فجائز له أن يقربها، أي: يوم شاء من السنة، ويكون ذلك اليوم هو اليوم المستثنىٰ، وليس يتناول ذلك يوماً من آخر السنة، ولا من أولها). شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٥/ ١٦٥.

(٢) انظر: خزانة الفقه ص١٣٦.

(٣) مختصر الطحاوي ص ٢١١.

فإن الإيلاء واحد، واليمين ثلاث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، فإذا مضت أربعة أشهر ولم يقربها، بانت بتطليقة استحساناً، ولو قربها وَجَبَتْ عليه ثلاث كفارات(١).

وفي قول محمد وزفر: الإيلاء ثلاث، واليمين ثلاث: فالإيلاء الأول ينعقد حين تلفظ بالأول، والثاني حين تلفظ بالثاني، والثالث حين تلفظ بالثالث، [فإذا مضت أربعة أشهر ولم يقربها، بانت بتطليقة](٢) فإذا مضت ساعة أخرىٰ بانت بتطليقة أخرىٰ، [ثم إذا مضت ساعة أخرىٰ، بانت بتطليقة أخرىٰ](٣)، فإذا قربها وجبت عليه ثلاث كفارات(٤).

وأجمعوا: أنه إذا آلىٰ من امرأته في ثلاث مجالس، فالإيلاء ثلاث، واليمين ثلاث.

[أَوْجُهُ الإِيْلاَءِ]

ثم الإيلاء على أربعة أوجه: إيلاء واحد ويمين واحدة، وإيلاءان ويمينان، وإيلاء واحد ويمينان، وإيلاءان ويمين واحدة، ثم عدد الطلاق بعدد المدة، وعدد الكفارات بعدد الأيمان:

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٢١١. (والأصل في ذلك: أنّ المدة إذا كانت واحدة -وإن كثرت الأيمان- فإنها لا توجب إلاّ تطليقة واحدة، كما أن المدة الواحدة من العدة، تنقضي بها العدة من رجلين وثلاثة)، كما قال الجصاص في الشرح ٥/ ١٦٧.

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من م.

(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من م.

(٤) ونقل الطحاوي ذلك مختصراً بقوله: (وخالفهما محمد بن الحسن رضي الله عنه، وقال في ذلك: بالقياس، وبه نأخذ)، ص٢١١.

(والقياس: أن يقع ثلاث تطليقات؛ لأن ما بين اليمينَيْن من الوقت، وإن كان غير معلوم عندنا مقداره، فإنه يوجب أن تكون مدة كل واحد من الأيمان، غير مدة الأخرىٰ، فكان ينبغي أن يقع ثلاث تطليقات، إلاّ أنه ترك القياس)، كما قال الجصاص في الشرح ٥/ ١٦٨.

أما الإيلاء الواحد واليمين الواحدة: فهو أن يقول الرجل لامرأته: والله لا أقربك، فهذا إيلاء واحد، ويمين واحدة.

وأما الإيلاءان واليمينان: فهو أن يقول: إذا جاء غد فوالله لا أقربك، فإذا جاء بعد الغد فوالله لا أقربك، أو آلىٰ من امرأته في مجلس ثم آلىٰ منها في مجلس آخر، فهذا إيلاءان ويمينان.

وأما الإيلاء الواحد واليمينان فهي مسألة الخلاف.

وأما الإيلاءان واليمين الواحدة: فهو أن يقول لامرأته: كُلَّمَا دخلتِ واحدة من هاتين الدارين فوالله لا أقربك، أو قال: كُلَّمَا كَلَّمتِ واحداً من هذين الرجلين فوالله لا أقربك، فدخلت [إحدىٰ] الدارين [دخلتين]، أو كَلَّمت أحد الرجلين كلمتين، أو دخلت كلتا الدارين دَخْلَةً دَخْلَةً[1]، أو كلمت كلا الرجلين كَلِمَةً كَلِمَةً[2]، فهذا إيلاءان ويمين واحدة؛ لأنه لا أثر لكلمة التكرار في قوله: والله لا أقربك، فالأولىٰ تنعقد عند الدخلة الأولىٰ، والثانية تنعقد عند الدخلة الثانية.

[إيلاء أهل الذِّمَّة]

قال: (**وأهل الذمة في الإيلاء من نسائهم كأهل الإسلام عند أبي حنيفة**)[3].

الأصل: أن كل من صَحَّ طلاقه صَحَّ إيلاؤه، وكل من لم يصح طلاقه لم يصح إيلاؤه، ثم الصبي، أو المجنون، أو المعتوه، أو النائم إذا آلىٰ من امرأته لا يصح إيلاؤه؛ لأنه لا يصح طلاقه، ثم طلاق الذمي جائز بالاتفاق، وظِهَارُهُ باطل بالاتفاق، وإيلاؤه على ثلاثة أوجه: في وجه يصير مولياً بالاتفاق، وفي وجه لا يصير مولياً بالاتفاق، وفي وجه اختلفوا فيه:

---

(١) في م (دخلة واحدة).
(٢) في م (كلمة واحدة).
(٣) مختصر الطحاوي ص ٢١١.

فأما الوجه الذي يصير مولياً [بالاتفاق]: فهو أنه إذا قال لامرأته: إن قربتك فعبدي حُرٌّ، أو قال: فامرأتي الأخرىٰ طالق، أو هذه طالق، فإنه يصير مولياً بالاتفاق.

وأما الوجه الذي لا يصير مولياً بالاتفاق: فهو أن يقول لامرأته: إن قربتك فَعَليَّ الصوم، أو الصلاة، أو الحج، أو العمرة، فإنه لا يصير مولياً؛ لأنه ليس من أهل ذلك.

وأما الوجه الذي اختلفوا فيه: فهو أن يقول لامرأته: والله لا أقربك، فإنه يصير مولياً في قول أبي حنيفة[١]، وقال أبو يوسف ومحمد: / لا يصير مولياً[٢]، [٢٤١-ب]
وبالقربان لا تلزمه الكفارة بالإجماع[٣].

---

(١) (وذلك لقول الله عز وجل: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [البقرة: ٢٢٦]، وهو عموم في المسلم والذمي).

(٢) ووجه قول الصاحبين: (لأن حكم الإيلاء إنما يتعلق باليمين بالله، لما يتعلق بالوطء من لزوم الكفارة، فإذا لم يتعلق بيمينه وجوب الكفارة، لم يكن مولياً)، كما في شرح الجصاص ٥/ ١٦٩.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٥/ ١٤٨ - ١٦٩؛ المبسوط ٧/ ٣٥؛ البدائع ٤/ ١٩٦٠.

باب الظِّهَار(١)

قال رضي الله تعالىٰ عنه: الظهار كان طلاقاً للقوم في الجاهلية، إلاّ أنه شرع وضعه(٢) بالكفارة، وأصله قوله سبحانه وتعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣] الآية(٣).

[صورة الظِّهَار وصِيَغُه]

وصورة الظهار: أن يسمي امرأته، أو يسمي عضواً منها يعتبر به عن جميع البدن، أو جزءاً شائعاً في الجملة ويشبهه بعضو مَحْرَمٍ من مَحَارِمه، فإذا فعل ذلك يكون مُظَاهِراً، وإلا فلا.

فإذا عرفنا هذا فنقول: الرجل إذا قال لامرأته: أنت عَلَيَّ كظَهْر أُمِّي، أو قال: وجهك، أو قال: رقبتكِ(٤)، أو قال: فرجكِ، أو قال: نِصْفُكِ عَلَيَّ كظهر أمي، أو ثُلُثُكِ، أو رُبْعُكِ، [فإنه يكون مُظَاهِراً].

ولو قال: ظهركِ عَلَيَّ كظهر أُمِّي، أو بطنكِ، أو فخذكِ، أو يدكِ، أو رجلكِ، فإنه لا يكون مظاهراً.

(١) (الظِّهَار لغةً: مصدر ظاهر امرأته إذا قال لها: أنت عليّ كظهر أمي. كما في الصحاح؛ والمغرب.

وفي الدرر: هو لغة: مقابلة الظهر بالظهر، فإن الشخصين إذا كان بينهما عداوة، يجعل كل منهما ظهره إلى ظهر الآخر.

وشرعاً: تشبيه المسلم زوجته أو ما يعبر به عنها، أو جزءاً شائعاً منها، بمحرمة عليه تأبيداً)، اللباب (مع الجوهرة) ٢/ ٨٢. كما أشار إلى ذلك المصنف.

(٢) في م (رفعه)، والمعنىٰ واحد.

(٣) انظر: تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص ١٨٣١.

(٤) في م (أو رأسك) بدل (رقبتك).

ولو قال: أنتِ عَلَيَّ كأُمِّي أو مثل أمي، إن كان نوىٰ الظهار كان ظِهَاراً، وإن نوىٰ البِرَّ والكرامة كان بِرّاً وكَرَامَةً، وإن لم تكن له نية لا يكون مُظَاهِراً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي قول محمد: يكون مظاهراً.

ولو قال: أنتِ عَلَيَّ حرام كظهر أمي، إن نوىٰ الظهار كان ظهاراً، وكذلك إن لم تكن له نية، وإن نوىٰ الطلاق لم يكن طلاقاً عند أبي حنيفة، وعندهما: يكون طلاقاً.

ولو قال: أنتِ عَلَيَّ كظهر ابنتي، أو أختي، [أو كظهر عمّتي]، أو كظهر خالتي، يكون مظاهراً.

وكذلك إذا شَبَّهها بعضو مَحْرَمٍ ممن لا تحل له نكاحها بحال، سواء كان من النسب أو من جهة الرَّضاع، أو من جهة المُصَاهَرَة، فإنه يكون مُظَاهِراً.

ولو قال: أنت علي كظهر أمّكِ، فإنه يكون مظاهراً، سواء كانت مدخولاً بها أو غير مدخول بها.

ولو قال: أنت عَلَيَّ كظهر ابنتكِ، ينظر: إن كانت مدخولاً بها كان مظاهراً، وإن كانت غير مدخول بها، لا يكون مظاهراً.

ولو قال: أنت عَلَيَّ كظهر فلانة: وهي أم المزني بها أو بنتها، فإنه لا يكون مظاهراً، إلاّ أن من الفقهاء من يقول: إن الحرام لا يحرم الحلال، وهو قول الشافعي[1]، ولو قضىٰ القاضي بجوازه، جاز.

(١) هذا مأخوذ من قولهم: إنه (إن زنىٰ بامرأة لم يحرم عليه نكاحها؛ لقوله سبحانه وتعالىٰ: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]، وروت عائشة رضي الله عنها: أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم سئل عن رجل زنىٰ بامرأة، فأراد أن يتزوجها أو ابنتها، قال: (لا يحرمُ الحرامُ الحلالَ، إنما يحرم ما كان بنكاح)، أخرجه البيهقي في الكبرىٰ، وضعفه، ٧/ ١٦٩؛ وابن ماجه مختصراً، وفيه ضعف (١٠١٥).

(ورواه الطبراني في الأوسط، وفيه عثمان بن عبد الرحمن الزهري، وهو متروك)، كما في مجمع الزوائد ٤/ ٢٦٩؛ وقال عنه يحيىٰ بن معين: ليس بشيء، كان يكذب، =

[الظِّهَارُ من جَانِبِ النِّسَاءِ]

ولو قال: أنتِ عَلَيَّ كظهر فلانة، ونكاحها يَحِلُّ له، لا يكون مُظَاهِراً[1].

ثم الظهار من جانب النساء لا من جانب الرجال، كما لو قال: أنت عَلَيَّ كظهر أبي أو أمي، لا يكون مظاهراً.

ثم الظهار إنما يَصِحُّ من نسائه المنكوحات، فكل من يَصِحُّ طلاقه يصح ظهاره منها، ومن لا فلا[2].

[شَرَائِطُ صِحَّةِ الظِّهَارِ]

وشرائط صحة الظهار: أن يكون الرجل عاقلاً، بالغاً، مسلماً.

الرجل العاقل البالغ المسلم إذا ظاهر من امرأته، صَحَّ ظِهَاره منها، سواء كانت المرأة حُرَّةً، أو أَمَةً، أو مُدَبَّرة، أو مُكَاتبة، أو أمَّ وَلَد، أو ولد أم ولد، أو كتابية، وكفارته كفارة الحرة المسلمة لو ظاهر منها.

ولو ظاهر من أمته، أو مدبرته، أو أم ولده، [فإنه] لا يَصِحُّ ظهاره، وكذلك إذا طلق امرأته تطليقة بائنة، ثم ظاهر منها، لا يَصِحُّ ظهاره، ولو طلقها طلاقاً رجعياً ثم ظاهر منها، صَحَّ ظهاره.

ولو أن العبدَ، أو المدبر، أو المكاتبَ، أو ولد أم الولد ظاهر من امرأته، صَحَّ

= وضعفه ابن المديني جداً، كما ذكر عبد الهادي في تنقيح تحقيق أحاديث التعليق ٣/ ١٨١.
وانظر: المهذب ٤/ ١٤٦، ١٤٧.

(١) قال أبو الليث: (الظهار بالأمهات، أو بالنساء اللاتي لا يحللن للمظاهر أبداً، من نسب أو رضاع أو صهرية)، خزانة الفقه ص١٣٢.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٢١٢؛ (وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ﴾ [المجادلة: ٣]، فالمعقول من ظاهر هذا اللفظ: الزوجات؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمۡ﴾ [النساء ٢٣]، ﴿لِّلَّذِينَ يُؤۡلُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ﴾ [البقرة: ٢٢٦]).

ظهاره، وكفارته كفارة الحر؛ لأن التكفير بالعتق والإطعام لا يجوز ما لم يعتق، ولو كَفَّرَ بهما بإذن مولاه، أو كفر بهما المولىٰ عنه، لا يجوز، ويجوز له التكفير بالصيام على كل حال، وليس للمولىٰ أن يمنعه عن ذلك؛ لأنه تعلق به حق المرأة.

[بخلاف] النذر والكفارة، فإن للمولىٰ أن يمنعه عن ذلك؛ لأنه لم يتعلق به حق الغير.

[ما يوجب الظهار من الأحكام وما لا يوجبه]

[ثمّ] الظهار لا يوجب نقصان العدد، ولا يوجب البينونة وإن طالت مدته، إلا أنه لا يقرب ما لم يُكَفِّر.

رجل له أربع نسوة، فظاهر منهن جميعاً في مجلس واحد، أو في مجالس مختلفة، يجب عليه أربع كفارات، وكذلك إذا ظاهر من امرأة واحدة في أربع مجالس، يجب عليه أربع كفارات / ، ولو ظاهر من امرأة واحدة في مجلس واحد [٢٤٢-أ] ثلاثاً، أو أربعاً، إن نوىٰ الظهار الأول، فعليه كفارة واحدة، وإن لم تكن له نية، فعليه لكل ظهار كفارة على حدة.

ولو ظاهر من امرأته ثم ماتت المرأة، سقطت الكفارة، ولو طَلَّقَها ثلاثاً ثم عادت إليه بعد زوج آخر، عاد الظهار.

[ما يَحْرُمُ للمُظَاهِرِ مِن امْرَأَتِه]

قال: ومن ظاهر من امرأته لم يَحِلْ له قربها، ولا شيء منها حتى يُكَفِّرَ.

الرجل إذا ظاهر من امرأته، فإنه لا يَحِلُّ له أن يجامعها ما لم يُكَفِّر، وكذلك لا يحل له أن يمسها لشهوة، ولا يُقَبِّلَها [لشهوة]، ولا ينظر إلى فرجها لشهوة، وكذلك هذا في الاستبراء والإحرام، وأما في باب الحيض والنفاس فيستمتع بها ما عدا مئزرها، على الاختلاف الذي ذكرنا في باب الحيض.

[كَفَّارَةُ الظِّهَارِ]

ولو جامعها بعد ما ظاهر منها تكفيه كفارة واحدة، ويجب عليه التوبة والاستغفار، لما روي عن سلمة بن صخر البياضي أنه ظاهر من امرأته ثم رآها في ليلة قمراء وعليها خلخال فضة فأعجبته فواقعها، فسأل عن ذلك رسول الله ﷺ فقال: (استغفر الله ولا تعد حتى تكفر)[١].

ثم الكفارة واجبة لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مِّن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾ [المجادلة: ٣]، ونفس العود عندنا: هو العزم على الجماع، فإن كان قادراً على عتق الرقبة فيعتق الرقبة، وإن لم يقدر على ذلك، فعليه صيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً[٢].

[عتق الرقبة في الكفارة]

والأصل في عتق الرقبة: أنه متىٰ أعتق رقبة كاملة الرق في ملكه، مقروناً بنية الكفارة، وجنس ما ينبغي من المنافع فيها قائمة بلا بدل، تجزئه عن الكفارة، وإلا فلا يجوز.

فإذا عرفنا هذا فنقول: إذا أعتق نصف الرقبة ثم أعتق نصفها الآخر قبل أن يجامعها يجوز عن كفارته، وبعدما جامعها لا يجوز عن كفارته عند أبي حنيفة، وعندهما: يجوز في جميع الأحوال[٣]؛ لأن عتق البعض بمنزلة عتق الكل عندهما؛ لأن العتق لا يتجزأ عندهما.

ولو كان عبد بين اثنين، فأعتق أحدهما نصيبه عن كفارته، لا يجوز عند أبي

---

(١) الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة في كتبهم، من حديث الفضل بن موسىٰ مرفوعاً بألفاظ مختلفة، كما قال الزيلعي، وقال أيضاً: (ورواه أبو داود والنسائي مرسلاً، وقال النسائي: والمرسل أولىٰ بالصواب)، تخريج الأحاديث والآثار ٣/ ٤٢٥.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ١٨٤؛ المبسوط ٦/ ٢٣٢.

(٣) في م (يجوز في الأصول كلها).

حنيفة، سواء كان المعتق موسِراً أو معسراً؛ لأن العبد لا ينفك عن السِّعَاية في الأحوال كلها عند أبي حنيفة، فكان عتقاً ببدل، وعندهما: إن كان المُعْتِقُ موسراً جاز، وإن كان معسراً لا يجوز؛ لأن يسار المُعْتِقِ يمنع سعاية العبد عندهما.

ولو أعتق نصف رقبة وصام شهراً، أو أطعم ثلاثين مسكيناً، لا يجوز عن كفارة ظهاره، ولو أعتق رقبة كاملة جاز، سواء كانت صغيرة أو كبيرة، ذكراً أو أنثىٰ، مؤمنة [كانت] أو كافرة، وكذلك هذا في جميع الكفارات إلا في كفارة القتل، فإن الرقبة الكافرة فيها لا تجوز، وعند الشافعي: الرقبة الكافرة لا تجوز في الكفارات كلها(١).

ولو أعتق طفلاً عن كفارته يجوز، ولو أعتق ما في بطن جارية ينظر: إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت العتق، فإنه يعتق، ولو جاءت به لأكثر من ستة أشهر لا يعتق، إلا إذا أقَرَّ السيد أنه كان موجوداً وقت العتق، فحينئذٍ يعتق بإقراره، ولا يجوز عن كفارته بحال.

ولو كانت جاريته معتدة، فجاءت به إلى سنتين، يعتق، ولا يجزئه عن كفارته، ولو جاءت به لأكثر من سنتين فإنه لا يعتق، إلاّ إذا أقَرَّ السيد أنه كان موجوداً وقت العتق، فحينئذٍ يعتق بإقراره، ولا يجوز عن كفارته بحال.

ولو أعتق مدبره أو أم ولده، لا يجوز عن كفارته، ولو أعتق مكاتبه، إن كان لم يُؤَدِّ شيئاً من الكتابة، فإنه يجوز عن كفارته عندنا، وعند الشافعي: لا يجوز(٢)، ولو أنه أدىٰ شيئاً من الكتابة / فإنه لا يجوز بالإجماع. [٢٤٢-ب]

وروىٰ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ: أنه يجوز، ولو عجز

(١) وقد قال الشيرازي: (ولا يجزئ في شيء من الكفارات إلّا رقبة مؤمنة)، المهذب ٤/ ٤٢٣، انظر: المنهاج ص ٤٣٨.

(٢) وفي المهذب: (ولا يجزئ عتق أم الولد، ولا المكاتب؛ لأنهما يستحقان العتق بدون كفّارة، بدليل أنه لا يجوز إبطاله بالبيع، فلا يسقط بعتقهما فرض الكفارة)، ٤/ ٤٢٧.

عن أداء الكتابة ثم أعتقه، فإنه يجوز، سواء أَدَّىٰ شيئًا من بدل الكتابة أو لم يُؤَدِّ.

ولو أعتق عبده عن كفارة غيره بغير أمره، لا يجوز عنه بالاتفاق، ولو أعتقه بأمره إن كان ببدل كما إذا قال: أعتق عبدك عني على ألف درهم فأعتق، يكون عن الآمر [عندنا][(١)]، وقال زفر: لا يكون عن الآمر، ويكون عن المعتق، ولو كان بغير بدل، كما إذا قال: أعتق عبدك عني ولم يذكر البدل، أو قال: بغير شيء، فالعتق يكون عن المعتق في قول أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: يكون عن الآمر، فهذا معنىٰ قولنا أعتق رقبة كاملة الرق[(٢)].

[اقْتِرَانُ النِّيَّةِ بالكَفَّارَةِ]

وقولنا: (مقرونـًا بنية الكفارة): فإنه إذا أعتق عبده ولم ينوِ عن كفارته لا يكون عن الكفارة، وإن نوىٰ عن كفارته بعد الإعتاق لا يجوز أيضـًا، ولو دخل ذا رَحِم مَحْرَم في ملكه بلا صنع [منه]، كما إذا دخل في ملكه بالميراث، يعتق عليه، ولا يجوز عن كفارته بالإجماع.

ولو دخل في ملكه بصنعه إن نوىٰ به عن كفارته وقت وجود الصنع منه، يجوز عن كفارته عندنا، وعند الشافعي: لا يجوز عن كفارته[(٣)].

ولو قال: إن دخلت الدار فأنت حر، فدخل الدار عتق، ولا يجوز عن كفارته إذا نوىٰ عن كفارته وقت الدخول، إلا إذا نوىٰ عن كفارته وقت اليمين، فحينئذٍ يجوز عن كفارته.

---

(١) في أ، ج (عندهم) والمثبت من م.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٢١٣؛ شرح مختصر الطحاوي ٥/ ١٨٧-١٨٩؛ المبسوط ٧/ ٢؛ شرح فتح القدير ٤/ ٢٦٠.

(٣) (لأن عتقه مستحق بالقرابة، فلا يجوز أن يصرفه إلى الكفارة)، وهو الصحيح. انظر: المهذب ٤/ ٤٢٨؛ الروضة ٨/ ٢٨٧.

[تأثير عيوب العبد في الكفارة]

وقولنا: (وجنس ما ينبغي من المنافع قائمة): إذا أعتق عبداً مقطوع اليدين، أو الرجلين، أو يابس الشق، أو مفلوجاً، أو مُقْعَداً، أو زَمِناً، أو أَشَلَّ اليدين، أو مقطوع يد واحدة [ورجل واحدة من جانب واحد]، أو مقطوع الإبهامين(١) من اليدين، أو مقطوع ثلاثة أصابع من كل يد سوى الإبهامين، أو أعمى، أو مفقوأ العينين، أو معتوهاً مغلوباً، أو أخرس لا يجوز عن كفارته.

ولو كان مقطوع يد واحدة، أو رجل واحدة، أو مقطوع يد ورجل من خلاف، أو أشَلّ يد واحدة، أو مقطوع الإصبعين من كل يد سوى الإبهامين، أو أعور، أو مفقوء إحدى العينين، أو أعشى، أو مقطوع الأذنين، أو مقطوع الأنف، أو عِنيناً، أو خَصِيّاً، أو مَجْبُوْباً، أو خُنْثَىٰ، أو كانت أمة رَتْقَاء، أو بها قَرْنٌ يمنع الجماع، فإنه يجوز عن كفارته.

ولو كان أصَمَّ يجوز عن كفارته في ظاهر الرواية، وقيل هذا إذا كان في أذنيه وقر، وأما إذا كان بحالٍ لو صرخ في أذنه لا يسمع، فإنه لا يجوز.

وقولنا: (بغير بدل): فإنه إذا أعتق عبده على بدل ونوىٰ عن كفارته، لا يجوز، وإن أبرأه بعد ذلك عن البدل، فإنه لا يجوز أيضاً، وكذلك لو أعتق عبده عن كفارته وهو مريض، وهو لا يخرج من ثُلُثِ ماله، فمات من ذلك المرض، لا يجوز عن الكفارة وإن أجازت الورثة، ولو أنه بَرَأَ من مرضه هذا، فإنه يجوز، هذا إذا كان قادراً على الإعتاق(٢).

---

(١) في م (مقطوع الأنامل من اليدين) في موضعه.

(٢) انظر: شرح المختصر ٥/ ١٨٧، وما بعدها.

[الكَفَّارَةُ بِالصِّيَامِ]

وأما إذا لم يكن قادراً [على الإعتاق]، فإنه يصوم شهرين متتابعين، ولو أنه أفطر يوماً لعذر من مرض أو سفر، فإنه يستقبل الصيام، وكذلك لو جاء يوم النحر، وأيام التشريق، أو يوم الفطر، يستقبل الصيام(١).

وإن صام هذه الأيام ولم يفطر فإنه يستقبل أيضاً؛ لأن الصوم في هذه الأيام عما وجب عليه ديناً في ذمته لا يجوز، ولو كانت امرأة فصامت عن كفارة الإفطار في رمضان، أو كفارة القتل فحاضت في خلال ذلك، فإنها لا تستقبل الصيام، ولكن تصل أيام القضاء بعد الحيض، لأنها معذورة، لا تجد صوم شهرين لا حيض فيها، ولو تنفست استقبلت.

ولو [أنها] أفطرت يوماً / بعد الحيض، فإنها تستقبل الصيام، ولو كانت تصوم [٢٤٣-أ]
عن كفارة اليمين فحاضت في خلال ذلك، فإنها تستقبل الصيام؛ لأنها تجد صوم ثلاثة أيام لا حيض فيهن.

ولو أنه جامع امرأته التي لم يظاهر منها نهاراً متعمداً، فإنه يستقبل الصوم بالاتفاق، ولو جامع بالنهار ناسياً، أو بالليل عامداً أو ناسياً، فإنه لا يستقبل الصوم.

ولو جامع امرأته التي ظاهر منها بالنهار ناسياً، أو بالليل عامداً، أو ناسياً، فإنه يستقبل الصوم عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن الله تعالىٰ أوجب صوم شهرين متتابعين لا مساس فيهما بقوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ [المجادلة: ٤]، وفي قول أبي يوسف: لا يستقبل، ولو جامعها بالنهار عامداً، استأنف بالاتفاق.

---

(١) وعبارة المختصر أوضح: (ومن كان لا يقدر على القربة، صام شهرين متتابعين، ليس فيهما يوم فطر ولا يوم نحر، ولا شيء من أيام التشريق، فإن قطع صومه عليه مرض أو ما سواه، كان عليه استئنافه). مختصر الطحاوي ص٢١٣.

ولو صام شهرين متتابعين ثم قدر على الإعتاق قبل غروب الشمس في آخر ذلك اليوم، يجب عليه العتق، ويكون صومه تطوعـاً؛ لأنه قدر على المبدل قبل الفراغ من المقصود بالبدل، فانتقض حكم البدل كالمتيمم إذا وجد الماء قبل الفراغ من الصلاة.

والأفضل له أن يتم صوم ذلك اليوم، ولو لم يتمه لا يلزمه القضاء عندنا، وقال زفر: يلزمه [القضاء]، ولو قدر على الإعتاق بعد غروب الشمس في آخر ذلك اليوم، جاز صومه عن كفارته.

ثم هذا الصوم إنما يجزئ عمن لا يجد رقبة، ولو كان له خادم لا مال له غيره، أو كان له فضل عن كفافه ما يجد به رقبة، فلا يجوز له الصيام[1].

[الكفارة بالإطعام]

فلو أنه لا يستطيع الصيام، فإنه يطعم ستين مسكينـاً: إما على سبيل التمليك، أو على سبيل الإباحة[2]:

أما التمليك: فهو أن يطعم ستين مسكيناً كل مسكين نصف صاع[3] من حنطة، أو دقيق، أو سويق، أو صاعـاً من تمر، أو صاعـاً من شعير، أو دقيقه، أو سويقه، أو نصف صاع من زبيب في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: صاع من زبيب، وهو إحدىٰ الروايتين عن أبي حنيفة.

وأما الإباحة: فهو أن يطعم [ستين مسكينًا] ممن يستوفي الطعام أكلتين مُشْبِعَتَيْنِ غَدَاء وَعَشَاء، أو سُحُوْراً وغَدَاءً، أو سحوراً وعشاء، أو غدائين، أو

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ١٩١، ١٩٢؛ المبسوط ٧/ ١٢.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٣١٤.

(٣) الصاع الشرعي = ٨, ٢٩٦ ٣/٢ غراماً = ٣٠, ١٢٧ ٤/ ليتراً.
انظر: الإيضاح والتبيان (في تعليق المحقق) ص٥٧.

عشائين، أو سحورين، وسواء كان الطعام مأدوماً أو غير مأدوم[١]، فإنه يجوز[٢].

ولو أعطىٰ ثلاثين مسكيناً كل مسكين صاعاً من حنطةٍ، فإنه لا يجوز إلا عن ثلاثين، وعليه أن يعطي ثلاثين مسكيناً أيضاً، ولو أعطىٰ مائة وعشرين مسكيناً كل مسكين مداً من حنطة، فعليه أن يكمل لأحد الفريقين كل مسكين نصف صاع من حنطة، ولو أطعم ستين يوماً مسكيناً واحداً، كل يوم أكلتين مشبعتين يجوز[٣].

وروي عن أبي يوسف في غير رواية الأصول: أنه لا يجوز.

ولو أطعم مائة وعشرين مسكيناً دفعة واحدة، فعليه أن يطعم أحد الفريقين أكلة مشبعة أخرىٰ.

ولو أعطىٰ ستين مسكيناً كل مسكين صاعاً من ظهارين أو إفطارين، فإنه لا يجوز إلا عن أحدهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي قول محمد: يجوز عنهما جميعاً.

ولو كانت الكفارتان من جنسين مختلفين، فإنه يجوز بالإجماع.

ولو أطعم ثلاثين مسكيناً ثم جامع امرأته، فإنه يطعم ثلاثين مسكيناً أخرىٰ، والجماع لا ينقض الإطعام؛ لأن الله تعالىٰ لم يذكر فيه: ﴿مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾[٤].

---

(١) (والإدام: وهو ما يؤتدم به، والجمع: أُدُم -بضمتين-، قال الأنباري: معناه الذي يُطَيِّبُ الخبزَ ويُصلِحه، ويلتذّ به الأكل)، كما في المغرب؛ وفي المعجم الوسيط: (الإدام: ما يستمرأ به الخبز)(أدم).

(٢) (لأن الله تعالىٰ قال: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًاۚ﴾ [المجادلة: ٤]، والواجب منه: وسط، وهو أكلتان في اليوم؛ لأن الأكثر في العادة: ثلاث مرات، والأقل: مرة). شرح المختصر ٥/ ١٩٧.

(٣) (وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًاۚ﴾، والعموم يقتضي جواز إعطائه في كل يوم، بشمول الاسم له)، كما في شرح المختصر ٥/ ١٩٧.

(٤) (وإنما قال: ﴿فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًاۚ﴾، ولم يقل: قبل المسيس، وشرط ذلك في =

ولو ظاهر من امرأته وهو مُعْسِرٌ ثم أيسر بعد ذلك، أو ظاهَرَ منها وهو موسر ثم أعسر بعد ذلك، فإنه يعتبر وقت التكفير لا وقت الظهار. والله سبحانه وتعالىٰ أعلم بالصواب[١].

= الصيام والعتق). شرح المختصر ٥/ ٢٠٠.

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ١٧٠ وما بعدها.

باب اللِّعَان[1]

قال رضي الله تعالىٰ عنه: اللعان مشروع بالكتاب والسنة:

أما بالكتاب فقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾ [النور:٦] / الآية. [٢٤٣-ب]

وأما بالسنة: فما روي عن رسو الله صلىٰ الله عليه وسلم أنه لاعن بين الزوجين عويمر العجلاني وبين امرأته، فلما فرغا من اللعان فَرَّق بينهما ثم قال: (**الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل من تائب**)[2].

[اللعان بين الزوجين]

ثم اللعان بين الزوجين [كالحدِّ بين الأجنبيين][3]، وكل قذف لا يوجب الحد بين الأجانب، [لا] يوجب اللعان بين الزوجين.

ثم اللعان: حكم بالشهادة، فالزوجان إذا كانا من أهل الشهادة، [يجب اللعان بينهما، وإلّا فلا، ومتىٰ سقط اللعان لمعنىٰ في الشهادة، نظر][4]: إن كان من جانب

---

(١) (اللعان لغة: مصدر لَاعَن كقَاتَل، من اللعن: وهو الطرد والإبعاد، وهو مصدر لَاعن يُلاعِنُ مُلاَعَنَةً ولِعاناً، سمي به لا بالغضب، للعنه نفسه أولاً، والسبق من أسباب الترجيح.

وشرعاً: شهادات مؤكدات بالأيمان، مقرونة باللعن من جهة، وبالغضب من أخرىٰ، قائمة مقام حد القذف في حقه، ومقام حد الزنا في حقها)، اللباب ٢/ ٨٩. انظر: أنيس الفقهاء ص ١٦٢.

(٢) أخرجه البخاري (٥٠٠٥)؛ ومسلم (١٤٩٣).

(٣) في أ، ج (كالحدين للأجنبيين) والمثبت من م.

(٤) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ، والمثبت من م.

الزوج عليه الحد، وإن كان من جانب المرأة فلا حَدَّ عليها، ولا لِعَان[1].

[شَرَائِطُ اللِّعَانِ]

ثم شرائط اللعان: أن يكونا حُرَّيْن، عَاقِلَيْن، بالِغَيْن، مُسْلِمَيْن، غير مَحْدُوْدَيْن في قذف، وأن يكون النكاح بينهما صحيحاً، سواء كان الزوج دخل بها أو لم يدخل.

ولو كانت المرأة صغيرة، أو مجنونة، أو كافرة، أو أَمَةً، أو مُدَبَّرَةً، أو مُكَاتَبَةً، أو أُمَّ وَلَد، أو مَحْدُوْدَةً في قذف، أو كانت وطئت حراماً في جميع عمرها مرة، أو خَرْسَاء، فلا حَدّ عليها ولا لعان؛ لأن اللعان سقط لمعنىً من جهتها، وكذلك إذا كانا صَبِيِّيْن، أو مجنونين، أو أخرسين، أو مملوكين، أو كافرين.

ولو كانا أعميين، أو فاسقين يجب اللعان بينهما؛ لأنهما من أهل الشهادة، ألا ترىٰ أن القاضي لو قضىٰ بشهادة هؤلاء، جاز؛ ولأن الأعمىٰ من أهل الشهادة، إلا أنه إنما لا تقبل شهادته؛ لأنه لا يميز المشهود له من المشهود عليه[2].

ولو كانا محدودين في قذف يجب الحد على الزوج؛ لأن امتناع اللعان من جهة الزوج، لأن البداية به، فصار كما إذا قذف محدودة في القذف، يجب الحد.

الرجل إذا قال لامرأته: يا زانية، أو قال: زنيتِ، أو قال: رأيتكِ تزنين، أو قال

---

(١) (وأيهما لم يلتعن، حُبِس حتى يلتعن، أو يقرّ الزوج بكذبه على المرأة فيما رماها به، فيحد لها حد القذف ...)، كما في المختصر ص٢١٥؛ (وذلك لأن القذف أوجب لها حق اللعان عليه ...، فإذا أبىٰ، أُجبر عليه؛ لأن ذلك حق لها كسائر الحقوق ...، وكذلك إن أبت هي اللعان، أجبرت عليه ...)، كما في الشرح ٥/ ٢٠٣.

(٢) والأصل في اعتبار الشهادة في المتلاعنين: قول الله تعالىٰ: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾ [النور: ٦].

لها: هذا الولد من الزنا، أو قال: ليس هذا الولد مني، يجب اللعان[1].

ولو قال لها: جومعتِ جِماعـًا حرامـًا، أو قال: وطئتِ وطئًا حراماً، فلا حَدَّ ولا لِعَان.

[مُطَالَبَةُ الحَقِّ فِي القَذْفِ]

وإذا قذفها بالزنا فإنها تخاصم إلى القاضي، ولو سكتت لا يبطل حقها، إن لم تخاصم إلى القاضي وإن طالت المدة؛ لأن تقادم الزمان لا يوجب بطلان الحق في القذف، والقصاص، وما كان من حقوق العباد.

ثم أنها إذا خاصمت إلى القاضي، فينبغي [للقاضي] أن يقول لها: اتركي وانصرفي، فلو أنها تركت وانصرفت ثم خاصمت إلى القاضي، يجوز لها ذلك؛ لأن العفو في القذف باطل، فإذا اختصمت إلى القاضي وأنكر الزوج، فعليها أن تقيم شاهدين عدلين، ولو أقامت رجلاً وامرأتين لا تقبل.

ولو أقامت رجلين، ثم أن الزوج أقام رجلاً وامرأتين على تصديقها إياه، سقط اللعان والحد.

ولو لم تكن لها بينة، فأرادت أن يحلف الزوج على القذف، ليس لها ذلك، ولو أقر الزوج أنه قذفها بالزنا يسأل منه البينة، فإن شهد أربعة بأنهم رأوها تزني كالمِيْل في المُكْحُلَةِ[2]، والقَلَم في المِحْبَرَة، نظر: إن كانت المرأة مُحْصَنَة تُرْجَم، وإن كانت غير مُحْصَنَةٍ تُجْلَدُ.

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢١٥.

(٢) (المُكْحُلَةُ -بضم الميم والحاء- التي فيها الكُحُلُ، وهو أحد ما جاء على الضم من الأدوات)، وهو الوعاء الذي فيه الكحل، والجمع: مكاحل. مختار الصحاح؛ المعجم الوسيط (كحل).

ولو لم يكن للزوج بَيِّنَةٌ يجب اللعان، ولو شهد ثلاثة والزوج رابعهم نظر: إن كانت هذه الشهادة قبل القذف، تقبل شهادتهم، وإن كان بعد القذف، لا تقبل[١].

[صفة اللعان]

فإذا اجتمعت شرائط اللعان بينهما: فإن القاضي يقيمهما بين يديه متقابلين، فيأمر الزوج بأن يقول أولاً أربع مرات: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا، ويقول في المرة الخامسة: لعنة الله عَلَيّ إن كنتُ من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا.

ثم يأمر المرأة أن تقول أربع مرات: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، وتقول في المرة الخامسة: غضب الله عَلَيَّ إن كان من الصادقين فيما رماني به/ من الزنا، هذا إذا قذفها بالزنا[٢]. [٢٤٤-أ]

وأما إذا قذفها بنفي الولد، فإن الزوج يقول في كل مرة: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا في نفي ولدها، وفي الخامسة يقول: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا في نفي ولدها.

والمرأة تقول في كل مرة: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا في نفي ولده، وتقول في الخامسة: غضب الله عَلَيَّ إن كنت من الصادقين فيما رماني به من الزنا في نفي ولده، فإذا فرغا من اللعان فَرَّقَ القاضي بينهما[٣].

---

(١) انظر: خزانة الفقه ص١٣٧.

(٢) وصفة اللعان كما ذكرها الله عز وجل بقوله: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٦ وَٱلۡخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعۡنَتَ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ٧ وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ أَن تَشۡهَدَ أَرۡبَعَ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ٨ وَٱلۡخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيۡهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾ [النور: ٦-٩]

(٣) (وذلك لما رُوي: (أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم لَاعَنَ بين العجلاني وامرأته، قال: كذبت =

[وقوع الفرقة باللعان]

فقبل: إن يفرِّق القاضي بينهما لا تقع الفُرْقة، والزوجية بينهما قائمة، حتى أنه يجوز طلاقه، وظهاره، وإيلاؤه، ويجري بينهما التوارث إن مات أحدهما، وهذا عند علمائنا الثلاثة، وقال زفر: لما فرغا من اللعان وقعت الفرقة بينهما.

وقال الشافعي: إذا فرغ الزوج من اللعان وقعت الفرقة بينهما[١]، قبل أن تلتعن المرأة من غير تفريق القاضي؛ ولعانها لا يسقط الحد عن نفسها عنده.

ولو أنهما امتنعا من اللعان بعد ثبوت اللعان، أو امتنع أحدهما، فإن القاضي يجبرهما على ذلك، ولو أنها جُنَّتْ أو عتهت بعدما التعن الزوج قبل أن تلتعن المرأة، سقط اللعان بينهما، ولا حَدَّ عندنا، وعند الشافعي: وقعت الفرقة بلعان الزوج.

ولو أنهما فرغا من اللعان ثم سألا القاضي: أن لا يفرق بينهما، فإن القاضي يفرق بينهما، ولو أنهما خرسا بعد ما فرغا من اللعان قبل أن يفرق القاضي بينهما، أو خرس أحدهما، أو ارتد أحدهما، أو أكذب أحدهما نفسه، أو قذف أحدهما إنساناً فحد حدّ القذف، أو وطئت المرأة حراماً بطل اللعان بينهما، ولا حَدَّ، ولا تفريق[٢].

= عليها إن أمسكتها، [البخاري (٥٢٥٩)؛ ومسلم (١٤٩٢)]، وفي بعض ألفاظ الحديث: (كذبتُ عليها إن لم أُفارقها، هي طالق ثلاثاً، قال: ففارقها قبل أن يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينها)، فكانت سنة المتلاعنين)، كما في شرح الجصاص ٥/ ٢٠٩؛ وخزانة الفقه ص١٣٦، ١٣٧.

(١) انظر: المهذب ٤/ ٤٧٢؛ الروضة ٨/ ٣٥٦.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٢٠٢، ٢٠٣، ٢١١؛ خزانة الفقه ص١٣٦، ١٣٧.

[اللعان تطليقة بائنة]

ثم تفريق القاضي يوقع تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد[١]، وعند أبي يوسف والشافعي: تقع حرمة مؤبدة[٢].

وأصله: ما روي عن جماعة من أصحاب رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم ورضي الله عنهم أنهم قالوا: (المتلاعنان لا يجتمعان أبداً)[٣].

وتفسيره عند أبي حنيفة: لا يجتمعان[٤] ما داما من أهل اللعان، وأما إذا خرجا من أن يكونا من أهل اللعان: بأن خرسا، أو خرس أحدهما، أو أكذبت المرأة نفسها، أو أكذب الزوج نفسه، أو قذف أحدهما إنساناً فحُدَّ حَدَّ القذف، أو وطئت المرأة حراماً، يحل له أن يتزوَّجها عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف والشافعي: لا يحل له ذلك.

ولو التعن كل واحد ثلاث مرات، ففرق القاضي بينهما، تقع الفرقة، إلاّ أن القاضي أخطأ السنة، ولو التعن كل واحد منهما مرتين ففرق القاضي بينهما، لم تقع الفرقة.

ولو أنه بدأ بالمرأة أولاً ثم بالزوج، فينبغي له أن يأمر المرأة حتى تلعتن مرة أخرىٰ، ولو لم يأمرها هو أخرىٰ ففرق بينهما، تقع الفرقة، إلاّ أن القاضي أخطأ السنة.

---

(١) (لأنها تعلقت بسبب من جهة الزوج، حكمه مقصور على النكاح، لا يوجب تحريماً مؤبّداً، وهذا هو حقيقة الطلاق). شرح المختصر ٥/ ٢١٢.

(٢) وفي المهذب: (وإن كان اللعان في نكاح صحيح، وقعت الفرقة ...، وحرمت عليه على التأبيد) ٤/ ٤٧٢. انظر: الروضة ٨/ ٣٥٦.

(٣) انظر أقوال الصحابة: مصنف ابن أبي شيبة ٤/ ١٩، ٢٠؛ وروي هذا الحديث مرفوعاً من حديث سهل، ومن حديث ابن عمر رضي الله عنهما، ونقل الزيلعي عن صاحب التنقيح: (إسناده جيد). انظر: نصب الراية ٣/ ٢٥٠.

(٤) في م زيادة (أبداً).

ولو طَلّق امرأته تطليقةً بائنة ثم قذفها بالزنا، فإنه يُحَدُّ ولا لعان بينهما؛ لأن اللعان إنما يجري بين الزوجين، ولا زوجية بينهما.

ولو طلقها طلاقـًا رجعيـًا ثم قذفها بالزنا، يجب اللعان؛ لأن الزوجية باقية.

ولو قال لها: يا زانية أنت طالق ثلاثـًا، فلا حد ولا لعان، ولو قال: أنت طالق ثلاثـًا يا زانية، يجب عليه الحد، لأنه قذفها بعد الإبانة.

[اللِّعَانُ بِنَفْيِ الوَلَدِ]

قال: (**وإن نفي ولدها بحضرة ولادتها، أو بعد ذلك بيوم أو بيومين، لاعَنَهَا [وانتفىٰ]**[(١)] **الولد**)[(٢)].

الأصل في هذا: أن المولود في فراش الزوج لا ينفىٰ إلا باللعان[(٣)]، والفراش / [٢٤٤-ب] ثلاثة: فراش قوي، وفراش وَسَط، وفراش ضعيف.

فالنسب في الفراش القوي: وهو فراش المنكوحة يثبت من غير دعوة، ولا ينتفىٰ إلا باللعان.

والنسب في الفراش الوسط: وهو فراش أم الولد يثبت من غير دعوة، وينتفىٰ من غير لعان.

والنسب في الفراش الضعيف: وهو فراش الأمة المملوكة، لا يثبت إلا بالدعوة.

---

(١) في أ، ج (ولا ينفي) والمثبت من م، ويدل عليه ما تأتي من المسائل.
(٢) مختصر الطحاوي ص ٢١٦.
(٣) (والأصل في نفي نسب الولد من الأب باللعان: ما رُوي: (أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم فرّق بين المتلاعنين، وألحق الولد بالمرأة) [البخاري (٥٣١٥)؛ ومسلم (١٤٩٤)]، وأيضـًا: (أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم، قضىٰ في ابن الملاعنة أن لا يُدعىٰ لأب) [أبو داود (٢٢٥٦)]) كما في الشرح ٥/٢١٨.

رجل له امرأة فجاءت بولد فنفاه، فقال: هذا الولد ليس مني، أو قال: هذا الولد من الزنا، سقط اللعان بينهما بوجه من الوجوه، فإنه لا ينتفىٰ النسب، سواء وجب عليه الحد أو لم يجب، وكذلك إذا كانا من أهل اللعان ولم يتلاعنا، فإنه لا ينتفىٰ النسب.

[توقيت مدة النفي]

ولو أنهما تلاعنا، فإنه ينظر: إن كان النفي بحضرة الولادة، أو كان بعد الولادة بيوم و يومين أو نحو ذلك، فإنه ينتفيٰ، ولم يوقِّت أبو حنيفة لذلك وقتاً[١].

وروي عن أبي حنيفة: أنه وَقَّت في ذلك سبعة أيام، وعند أبي يوسف ومحمد: إلى أقصىٰ مدة النفاس، هذا إذا كان الزوج حاضراً[٢].

وأما إذا كان غائباً فبعد بلوغ الخبر إليه، إذا نفاه فهو على الاختلاف، وبلوغ الخبر [كحضرة][٣] الولادة، وأما على قولهما: فإن بلغه الخبر في مدة النفاس فإلى مدة النفاس، وإن بلغه الخبر بعد أربعين يوماً، فقد روي عن أبي يوسف أنه قال: له أن ينفيه إلى تمام سنتين[٤]؛ لأنه لما مضىٰ وقت النفاس تعتبر مدة الرضاع[٥].

ولو بلغه الخبر بعد حولين فنفاه، فقد ذكر في غير رواية الأصول: أنه يلاعن

---

(١) ونفي الولد يصح في ثلاثة مواضع، ويلاعن، كما قال أبو الليث: (وأن ينفي عقيب الولادة، أو في الحال التي يبتاع آلة الولادة، أو في الحال التي يقبل التهنئة)، خزانة الفقه ص١٣٧.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢١٦؛ شرح المختصر ٥/ ٢١٨.

(٣) في أ (محضرة) وفي م (كحضور) والمثبت من ج.

(٤) في م (سنة). وذلك (إن كان غائباً فقدم فيما بينه وبين حولين، كان له أن ينفيه فيما بينه وبين أقصىٰ مدة النفاس، وهي أربعون يوماً، ما كان ذلك في الحولين، فإن خرج الحولان، لم يكن له أن ينفيه بعد ذلك)، مختصر الطحاوي ص ٢١٦.

(٥) هذا وقد اعترض الجصاص على الطحاوي في قوله: (فيما بينه وبين حولين)، بقوله: (لا نعرف تقدير هذا الحولين، إلاّ فيما ذكره أبو جعفر، ويشبه أن يكون إن صَحَّ اعتبار الحولين عنهم: أن يكون على قول أبي يوسف ومحمد في وقت الرضاع ...)، ٥/ ٢١٩.

وهذا ما ذكره المؤلف: (تعتبر مدة الرضاع).

ولا يقطع النسب، رواه عن أبي يوسف، وعن محمد أنه قال: ينتفىٰ إذا نفاه بعد بلوغ الخبر إلى أربعين يوماً، هذا إذا لم يَقِرَّ بالولد.

ولو أَقَرَّ به إما صريحاً أو دليلاً، فالصريح أن يقول: هذا الولد مِنِّي، أو يقول: هذا ولدي، وأما الدليل: فهو أن يهنئ به فيسكت، وسواء كان الإقرار بحضرة الولادة أو بغير حضرة الولادة، ثم نفىٰ بعد ذلك، فإنه يلاعن ولا يقطع النسب منه.

[نَفْيُ الحَمْل]

ولو نفىٰ حبل امرأته فقال: هذا الحبل ليس مني، أو قال: هذا الحبل من الزنا، فهذا النفي باطل عند أبي حنيفة[١]، ولا حَدَّ ولا لِعَان.

وعندهما: إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر يلاعن، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً، فلا يلاعن[٢].

وفي قول الشافعي: يلاعن للحال إذا علم أنها حامل، وهي إحدىٰ الروايتين عن أبي يوسف، ويقطع النسب[٣].

---

(١) (وذلك لأنا لا نثبت القذف بالاحتمال والجواز؛ لأنه مما يسقط حكمه بالشبهة، فإذا كان الحمل غير معلوم من جهة اليقين، لم يثبت اللعان في الحال؛ لأنه بمنزلة الحدّ)، كما قال الجصاص في الشرح ٥/ ٢١٩.
وقال الجصاص أيضاً في توجيه قول أبي يوسف ومحمد: (إذا نفىٰ حمل امرأته، ثم وضعت لأقل من ستة أشهر منذ يوم قَذَفها، لاَعَن؛ لأنا قد تيقَّنَّا أنه كان قاذفاً يوم القول، وإذا جاءت به لستة أشهر، لم نتيقَّن أن الولد كان موجوداً يوم النفي، فلم يكن قاذفاً به). شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٢٢١. انظر: المبسوط ٧/ ٤٥.

(٢) وعبارة المختصر: (... ولا لعان بينهما في حال الحمل، ولا بعد الولادة، وقال محمد رضي الله عنه: لا لعان بينهما في حال الحمل وإن ولدته، لِمَا يُعلم أنه كان محمولاً به يوم قذفها لاعن، وإلا لم يلاعن، وهو قول أبي يوسف)، مختصر الطحاوي ص ٢١٦.

(٣) انظر: المهذب ٤/ ٤٧٠؛ الروضة ٨/ ٣٥١.

[قَذْفُ المَرْأَةِ وَأُمِّهَا]

قال: ومن قال لامرأته: يا زانية بنت الزانية، كان [بذلك] قاذفاً لها ولأمها، فإن اجتمعتا [جميعاً] على مطالبة الحَدِّ بدئ بالحد للأم، وسقط اللعان؛ لأن الحدين قد اجتمعا، وفي البداية بأحدهما إسقاط للآخر، فيبدأ بالمسقط، وإن لم تطالبه الأم وطالبته المرأة لُوْعِن بينهما[1]، ويجب حد القذف للأم بعد ذلك إن طالبته في ظاهر الرواية.

وقال الطحاوي: لا يُحَدُّ للأم بعد اللعان. وهذا لا وجه له[2].

وكذلك لو كانت الأم ميتة، فقال لها: يا زانية بنت الزانية، كان لها المطالبة، فإن خاصمت في القذفين جميعاً، فإنه يُحَدُّ للأم حتى يسقط اللعان بينهما.

ولو لم تخاصمه في قذف أمها، ولكن خاصمته في قذف نفسها، يجب اللعان، وكذلك الرجل إذا قذف امرأة بالزنا قبل النكاح، ثم قذفها بعد النكاح، فإن خاصمت في القذفين جميعاً، بدأ بحد القذف الذي قبل النكاح، حتى يسقط اللعان بينهما.

[٢٤٥-أ] ولو لم تخاصم في القذف الذي/ قبل النكاح، وخاصمته في القذف الذي بعده، يجب اللعان بينهما.

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٢١٦.

(٢) اعترض المؤلف على قول الطحاوي: (ولم يُحَدّ بعد ذلك لأمها إن طالبته بعد ذلك بالحد لقذفه إياها)، بقوله: (وهذا لا وجه له)، كما اعترض الجصاص على عبارة الطحاوي هذه بعبارة أشد وأوضح، فقال: (وليس هذا من مذهبهم، بل قول أصحابنا جميعاً: إنه يُحدّ للأم إذا طالبته بحدها بعد لعانه للابنة)، كما في الشرح ٥/ ٢٢٢.

[اللِّعَان فِيما قَذَفَ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ بِلَفْظٍ وَاحِدٍ]

ولو أن رجلًا له أربع نسوة، فقذفهن جميعـاً بالزنا بلفظ واحد، أو بألفاظ مختلفة، وهم جميعـاً من أهل اللعان، فإنه يلاعن من كل واحدة على حِدَةٍ، ولو لم تكن واحدة منهن من أهل اللعان، فاللعان[١] بالواحدة يكفيه عن الكل.

ولو أن رجلاً لاعن من امرأته بالولد، ثم قذفها هو أو غيره، لا يجب عليه الحد، سواء كان الولد حياً أو ميتاً، فلو أنه أكذب نفسه ثم قذفها هو أو غيره، يجب عليه الحد.

ولو أنه لاعنها بغير الولد، ثم قذفها هو أو غيره، يجب عليه الحد؛ لأن اللعان لا يوجب تحقيق الزنا، بخلاف المسألة الأولىٰ؛ لأن هناك قذف امرأة معها علامة الزنا.

[إقرار بأحد الولدين ونفي للآخر]

قال: **(ومن جاءت امرأته بولدين في بطن واحد، فأقَرَّ بالأول منهما ونفىٰ الثاني، لاعن بالقذف، ولزماه جميعـًا)**[٢]؛ لأنه بالإقرار بأحدهما كان إقراراً بهما جميعـاً، فلما نفىٰ الثاني كان نفيا لهما [جميعًا]، ومَنْ أقرَّ بالنسب ثم نفاه، فإنه يلاعن، ولا يقطع النسب.

[ولو أنه نفىٰ الولد الأول، وأقرَّ بالثاني، فإنه يُحدّ، ولا يقطع النسب من] الولدين جميعـاً أيضـاً، وإنما وجب الحَدُّ؛ لأنه لما نفىٰ أحدهما كان ذلك نفيـاً لهما جميعـاً، فلما أَقَرَّ بالثاني صار إقراراً بهما جميعـاً، فصار مكذبـاً نفسه، والملاعن إذا أكذب نفسه يضرب الحد.

---

(١) في م العبارة (فالحد الواجب يكفيه عن الكل).

(٢) مختصر الطحاوي ص ٢١٧.

ولو نفاهما ثم مات أحدهما قبل اللعان، فإنه يلاعن؛ لأن القذف باقي واللعان أيضاً باقي، ولكن لا يقطع نسب الحي، وكذلك لو ماتا جميعاً قبل التلاعن، وكذلك هذا في الولد الواحد.

ولو لاعن امرأته بالولد وقطع النسب، ثم جاءت بولد [آخر] من الغد، ثبت نسب الولدين جميعاً منه؛ لأنه لا يمكن قطع نسب الولد الثاني باللعان، لأن اللعان قد سقط بالفرقة، فلما ثبت نسب الثاني عاد نسب الأول إليه) لأنهما توأمان، فلا يفترقان، ولا يكون قطع نسب الولد الأول قطعاً للثاني؛ لأن بناء القطع على الشدة، وبناء العود على السهولة والخفة.

وإن قال: هما ابناي، كان صادقاً ولا حَدَّ عليه؛ لأنه ادَّعىٰ ولدًا ثابت النسب منه، بخلاف ما إذا لاعن امرأته بولد واحد، ثم قال: هو ابني، يجب عليه الحد، وهاهنا لا يجب، إلّا إذا قال: كنت كذبت في اللعان وفيما قذفتها به من الزنا، فحينئذٍ يُحَدُّ.

وإن قال: ليسا بابنَيَّ، كانا ابنيه، ولا حَدَّ عليه؛ لأنه عاد القذف الأول.

وإذا لاعن امرأته بالولد وقطع النسب، ولَحِقَ بالأم، فأحكام النسب كلها باقية، حتى أنه لا يجوز شهادته، ولا يجوز وضع الزكاة فيه وغيرهما، إلاّ أن التوارث لا يجري بينهما، ولا نفقة له عليه[1].

[والله سبحانه وتعالىٰ أعلم بالصواب].

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٥/ ٢٠٢ وما بعدها؛ المبسوط ٧/ ٤٦؛ شرح فتح القدير ٤/ ٢٢٩.

بَابُ العِدَّةِ[1]

[عِدَّةُ الطلاق]

قال رضي الله تعالىٰ عنه: الأصل في هذا الباب: قوله سبحانه وتعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]، أمر الرجل إذا طلق امرأته طلاقاً رجعياً، أو بائناً، أو ثلاثاً بعد ما دخل بها، وهي حرّة مسلمة كانت أو كتابية، نظر: إن كانت ممن تحيض فعدتها ثلاث حِيَضٍ[2]، وإن كانت لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر[3].

وإن كانت أَمَة، أو مُدَبَّرة، أو أَمَّ وَلَد، أو مُكَاتَبَة، أو مُسْتَسْعَاة، فعلىٰ قول أبي

---

(١) العدة لغة: الإحصاء، وشرعاً: (هي التربُّص الذي يلزم المرأة بزوال النكاح أو شبهته. وهي مدة وضعت شرعاً للتعرف على براءة الرحم، وهي على ثلاثة أضرب: الحيض، والشهور، ووضع الحمل)، وسُمي التربص عدة؛ لأن المرأة تحصي الأيام المضروبة عليها، وتنتظر الفرج الموعود لها). اللباب ٢/ ٩٥.

(٢) وذلك لقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، والإقراء: الحِيَض، وهو قول عمر، وعلي، وعبد الله، وأبي موسىٰ.

وروي عن: زيد بن ثابت، وابن عباس، وابن عمر، وعائشة: الإقراء: بالأطهار. انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٢٢٦.

وانتهاء العدة يكون: إذا طهرت من الحيضة الثالثة؛ لأن عدتها قد انقضت، وقال الله عز وجل: ﴿فَإِذَا بَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ فِيمَا فَعَلۡنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۗ﴾ [البقرة: ٢٣٤]، وقال الجصاص: (قد روي عن عليّ، وعمر، وعبد الله في آخرين من الصحابة: اعتبار الغسل من الحيضة الثالثة)، ٥/ ٢٣١، ٢٣٢.

(٣) وذلك لقوله سبحانه وتعالىٰ: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ﴾ [الطلاق: ٤]، فأقام الشهور مقام الحيض عند عدمها. انظر: شرح المختصر ٥/ ٢٣١.

حنيفة ينظر: إن كانت ممن تحيض فعدتها: [حيضتان، وإن كانت ممن لا تحيض، فعدتها][(١)]: شهر ونصف، هذا إذا طلقها.

[عِدَّةُ الوَفَاةِ والحَمْلِ]

وأما إذا مات عنها زوجها ينظر: إن كانت حرة فعدتها: أربعة أشهر وعشراً، سواء كانت ممن تحيض أو ممن لا تحيض، مسلمة كانت أو كتابية، صغيرة كانت أو كبيرة، مدخولًا / بها أو غير مدخول بها[(٢)]. ٢٤٥-ب]

وإن كانت أمة، أو مدبرة، أو أم ولد، أو مستسعاة، فعلىٰ قول أبي حنيفة فعدتها: شهران وخمسة أيام.

أم الولد إذا مات عنها سيدها أو أعتقها: فعليها العدة ثلاث حيض إن كانت ممن تحيض، وإن كانت ممن لا تحيض فثلاثة أشهر، وأجمعوا أن المدبرة والأمة إذا مات عنها سيدها أو أعتقها، فلا عدة عليها، هذا إذا كانت حائلاً.

وأما إذا كانت حاملاً ففي الفصول كلها من أول الباب إلى آخره: تنقضي عدتها بوضع الحمل في الطلاق، والوفاة، وفي الحرة، والمملوكة، وأم الولد[(٣)].

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ، ج، والمثبت من م.

(٢) (لقول الله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]، وهو عام في المدخول بها وغيرها، ولا خلاف فيه بين أهل العلم)، كما في شرح الجصاص ٥/ ٢٣٩.

(٣) وذلك (لقوله تعالىٰ: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤]، وذلك عموم في الجميع؛ لأنه لفظ مكتفٍ بنفسه عن تضمينه لغيره.

وقال عمر، وابن مسعود، وابن عمر، وأبو مسعود البدري: عدتها أن تضع حملها، [أحكام القرآن للمؤلف ٣/ ٤١٥؛ الترمذي (١١٩٤)].

وروىٰ المسور بن مخرمة: (أن سبيعة ولدت بعد وفاة زوجها بيسير، فأمرها رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أن تنكح)، [البخاري (٤٨١٣)؛ ومسلم (١٤٨٤)]. =

ولو طَلَّقَ امرأته طلاقاً رجعياً وهي أمة، ثم أعتقت في العدة، تحولت عدتها إلى عدة الحرائر من وقت الطلاق، ولو طلقها طلاقاً بائناً، أو ثلاثاً، أو مات عنها زوجها، ثم أعتقت في العدة، [فإنّه] لا يتحول عدتها إلى عدة الحرائر.

ولا تجب العدة على الزانية، ولها أن تتزوج حاملاً كانت أو حائلاً، إلا أنها إذا كانت حاملاً، فإن زوجها لا يقربها إلا بعد وضع الحمل، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وفي قول أبي يوسف: الجواب في الحائل كذلك، وفي الحامل لا تتزوج ما لم تضع حملها(١).

[العِدَّةُ بِالحَيْضِ والأَشْهُرِ]

ولو أن المعتدة كانت ممن تحيض، فارتفع حيضها، فإن عدتها بالحيض، لا بالأشهر ما لم تدخل في حَدِّ الإياس(٢)، وكذلك إذا كانت تعتد بالشهور فحاضت، كما إذا كانت صغيرة فحاضت، انتقض حكم الشهور، وعليها أن تستقبل العدة بالحيض؛ لأنها قدرت على المبدل قبل الفراغ من المقصود بالبدل، فانتقض حكم

= شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٢٤٠، ٢٤١.

(١) (وذلك لأن وطء الزنىٰ، لا يتعلق به ثبوت النسب، فأشبه الوطء بملك اليمين، والولد الذي في بطنها ليس فيه حق للغير، فلا يمنع النكاح، ولكن زوجها لا يدخل بها حتى تضع.

وذلك لما رُوي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (أنه نهىٰ أن يسقي ماؤه زرع غيره) [أبو داود (٢١٥٨)؛ مسند أحمد ٤/ ١٠٨؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٧/ ٤٤٩]، يعني: أن يطأ امرأة حاملاً عن غيره). شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٢٤٣.

(٢) الإياس -في مصدر الآيسة من الحيض-: وهو انقطاع الرجاء، وفي المعجم الوسيط: (الإياس: فترة حرجة في حياة الإنسان، تكون في النساء في العقد الخامس، وعند الرجال بعد ذلك؛ سببها نقص إفراز المِبْيَضَيْن أو الخُصْيَتَيْن)(آيس).

والمقصود هنا: هو سِنّ الإياس عند المرأة: السِّنُّ التي ينقطع عنها فيه الحيض انقطاعاً لا يعود بعده: وهي سِنّ الخمسين، تزيد قليلاً أو تنقص. انظر: المغرب؛ معجم لغة الفقهاء (إياس).

البدل، وانتقل الآخر إلى المبدل كالمتيمم إذا وجد الماء.

ثم المرأة المعتدة بالحيض إن كانت أيامها عشرة، فوقت اغتسالها ليس من الحيض، وإن كانت أيامها دون العشرة، فوقت اغتسالها من الحيض على ما ذكرنا(١).

[الرَّجْعةُ بالطَّهَارَةِ]

المرأة إذا طهرت من الحيضة الثالثة، وأيام حيضها عشرة، فبنفس انقطاع الدم تبطل الرجعة، ويحل لزوجها أن يقربها إن كان لم يطلقها، ولها أن تتزوج بزوج آخر إن كان قد طَلَّقَها، وتجب عليها صلاة ذلك الوقت إن أدركت من الوقت شيئاً.

ولو كانت أيام حيضها أقل من العشرة، فبنفس انقطاع الدم لا تبطل الرجعة، ولا تجب عليها صلاة ذلك الوقت، ولا يحل لزوجها أن يقربها إذا لم يكن طلقها، ولا يجوز لها أن تتزوج بزوج آخر إن كان قد طلقها ما لم تغتسل، أو يمضي عليها وقت صلاة كامل من أدنىٰ الصلوات إليها مع القدرة على الاغتسال، هذا إذا كانت مسلمة(٢).

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٢٣٢؛ المبسوط ٦/ ٢٣.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٢١٧. (ووجه ذلك: أن أيامها إذا كانت دون العشرة، فجائز أن يعاودها الدم، فتكون العدة باقية، فلم يكن في انقطاع الدم حكم بانقضاء الحيضة، فإذا اغتسلت، انقطع حكم الحيض بالاتفاق، فانقضت العدة.

وإذا مضىٰ عليها وقت صلاة، فقد لزمها فرض الوقت، ولزوم فرض الوقت، ينافي بقاء حكم الحيض؛ لأن الحائض لا يلزمها فرض الصلاة.

وأما إذا كانت أيامها عشراً؛ فإنه قد ثبت عندنا: أن الحيض لا يكون أكثر من عشرة أيام، ففي انقضاء العشرة، انقضاء الحيض). شرح المختصر ٥/ ٢٣٢.

وأما إذا كانت كتابية فبنفس انقطاع الدم تبطل الرجعة، ويحل لزوجها أن يقربها، ولها أن تتزوج بزوج آخر، سواء كانت أيام حيضها عشرة أو أَقَلَّ.

ولو انقطع الدم عنها ثم أسلمت، فلا غسل عليها وجوباً، وعليها أن تغتسل استحساناً، وكذلك مسلم تحته كتابية يطأها، فلا غسل [عليها] وجوباً، ولكن يأمرها الزوج لأجل التطهير، (ولا يجبرها على ذلك.

وكذلك إذا طهرت من الحيض والنفاس، فلا غسل عليها وجوباً، ولكن يأمرها الزوج لأجل التطهير)[1]، وكذلك هذا في الصبية والمجنونة.

ولو لم تجد الماء فَتَيَمَّمَتْ وصَلَّت بذلك التيمم، انقطعت الرجعة بالاتفاق، ولو لم تُصَلِّ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف: لا تنقطع الرجعة، وفي قول محمد: تنقطع[2].

وأجمعوا: أنه لا يحل لها أن تتزوج بزوج/ آخر ما لم تُصَلِّ بذلك التيمم، أو [٢٤٦-أ]
يمضي عليها وقت صلاة أدنىٰ الصلوات إليها.

ولو اغتسلت بسُؤْرِ الحمار، تبطل رجعتها بنفس الاغتسال بالاتفاق، ولا يحل لزوجها أن يقربها، ولا يجوز لها أن تتزوج بزوج آخر، ولا تصلي بذلك الغسل ما لم تتيمم.

ولو اغتسلت وبقي من جسدها عضو لم يصبه الماء، كان القياس: أن تبطل الرجعة؛ لأن بناء بطلان الرجعة على السهولة، وفي الاستحسان: لا تبطل الرجعة.

ولو بقيت لمعة يسيرة، نحو أصبع [أو أصبعين، أو نحوهما، كان في قياس هذا الاستحسان: أن لا تبطل الرجعة، ولكن في استحسان] هذا الاستحسان تبطل

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) ذكر الطحاوي في مختصره قول أبي حنيفة لوحده، والصاحبين لوحدهما معاً: (وقال أبو يوسف ومحمد رضي الله عنهما: إذا تيممت، فقد خرجت من العدة) ص٢١٧.

الرجعة، ولا يحل لزوجها أن يقربها، ولا يجوز لها أن تتزوج بزوج آخر ما لم تغسل تلك اللمعة، أو يمضي عليها وقت صلاة كامل أدنىٰ الصلوات إليها مع القدرة على الاغتسال.

[حِدَاد المعتدة]

قال: (**وتجتنب المعتدة من الطلاق ومن الوفاة إذا كانت مسلمة: الطِّيْبَ، والزينةَ**)[1].

وأصله الحديث: روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (**لا يَحِلُّ لامْرَأَةٍ تُؤْمنُ باللهِ واليَوْمِ الآخِرِ أن تُحِدَّ على مَيِّتٍ فَوْقَ ثلاثة أيَّامٍ، إلاَّ عَلَى زَوْجِها، فإنها تُحِدُّ عليه أربعة أَشْهُرٍ وعَشْرا**)[2].

[والمطلقة المبتوتة] في معنىٰ المتوفىٰ عنها زوجها.

والأصل: (أن كل معتدة مخاطبة، فارقت فراش زوج حلال، يجب عليها الحِدَاد[3]، وإلا فلا.

ثم الجملة في هذا)[4] أن نقول: المعتدة لا تخلو: [إما أن تكون من نكاح جائز، أو من نكاح فاسد، ولا يخلو][5]: إما أن تكون مسلمة أو كتابية، صغيرة أو كبيرة، حرة أو أمة، مطلقة، أو متوفىٰ عنها زوجها، والطلاق لا يخلو: إما أن يكون رجعياً أو بائناً:

---

(١) مختصر الطحاوي ص ٢١٩.

(٢) الحديث أخرجه البخاري بمواضع (٣٠٧، ١٢٢١، ١٢٢٢)؛ ومسلم (١٤٨٦).

(٣) الحِداد -بكسر الحاء-: مصدر حَدَّ يَحُدُّ ويَحِدُّ، وحداد المرأة: ترك زينتها وخضابها بعد وفاة زوجها مدة العدة. المغرب (حدد).

(٤) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٥) ما بين المعقوفتين سقاطة من أ، والمثبت من م.

أما في العدة من نكاح فاسد، فلا يجب الحِدَاد.

وأما إذا كان النكاح جائزاً، فإن كان الطلاق رجعياً فلا حداد أيضاً، بل يستحب لها أن تتزين وتتطيب وتلبس أحسن ثيابها، لعل زوجها أن يراجعها.

وإن كان الطلاق بائناً أو كانت متوفىٰ زوجها عنها، فإنه ينظر: إن كانت المرأة كبيرة، وهي مسلمة، يجب الحداد عليها، حرة كانت أو أمة، وإن كانت صغيرة أو كتابية فلا حداد عليها؛ لأن الحداد من حق الله، والصغيرة والكتابية غير مخاطبين بحق الله تعالىٰ، حرة كانت أو أمة، وهذا في حالة الاختيار(١).

[تَرْكُ الحِدَاد بِحَالةِ الاضْطِرَارِ]

وأما في حالة الاضطرار فلا بأس بترك الحداد: كما إذا كانت المرأة فقيرة وليس لها إلا ثوب واحد وهو مصبوغ، فلا بأس بأن تلبسه من غير إرادة الزينة.

وكذلك هذه الأقسام كلها في فصل الخروج إن كان النكاح فاسداً، فإن لها أن تخرج إلا إذا منعها الزوج عن الخروج لتحصين مائه، وإن كان النكاح جائزاً فإن كان متوفىٰ عنها زوجها، أو كانت مطلقة طلاقاً بائناً، فإنه ينظر: إن كانت كبيرة حرة مسلمة، فإنها لا تخرج، إلا أن المتوفىٰ عنها زوجها تخرج نهاراً لأمر معاشها، فتبيت في بيت لها ولا تخرج ليلاً، وإن كانت صغيرة أو كتابية فإنها تخرج؛ لأن المنع من الخروج لحق الله تعالىٰ، وهما غير مُخَاطَبَتَيْن به، إلاّ إذا منع الزوج الكتابية لتحصين مائه فإن له ذلك، وفي الصغيرة ليس للزوج المنع؛ لأنها لا تحتاج إلى صون الماء، لأنها لا تحبل إلا في الطلاق الرجعي، فإنها لا تخرج.

وأما الأَمَةُ فإنها تخرج لخدمة مولاها، فالأمة ساوت الحرة في الحداد وفارقتها في الخروج، هذا كله في حالة الاختيار.

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٢٤٤؛ شرح فتح القدير ٤/ ٣٣٦.

[٢٤٦-ب] وأما في حالة الاضطرار، فلا بأس بأن تخرج: كما إذا/ انهدم البيت فخرجت إلى بيت آخر، أو كان مات عنها زوجها، ونصيبها من البيت لا يكفيها لسكناها، فأخرجوها الورثة؛ لأن في عدة الوفاة لا تجب النفقة والسكنىٰ على الزوج، وكذلك إذا كانت في بيت أقربائها فطلَّقَها زوجها، فلا بأس بأن تخرج إلى بيت الزوج، أو كانت في بعض الرساتيق فدخل عليها خوف من السلطان أو من شيء آخر، فخرجت إلى المصر، فلا بأس بهذا كله، [ثمَّ] في عدة الوفاة تسكن حيث أحبت، وفي عدة الطلاق تسكن حيث أَحَبَّ الزوج، إلّا في الطلاق الرجعي، لها أن تسكن [مع] زوجها في بيت واحد، وفي عدة الطلاق البائن لا تخلو: (تزوجها في بيت واحد، إلا إذا كان بينهما حائل، أو ذات رَحِم مَحْرم منها.

[عِدَّةُ المُطَلَّقَةِ في السَّفَرِ]

ولو طلقها في السفر فلا يخلو: إما أن يطلقها في مصر من الأمصار، أو)[١] في المفازة، ولا يخلو: إما أن يكون الطلاق بائنـًا، أو رجعيـًا، أو مات عنها زوجها.

(أما إذا كان الطلاق في المفازة، أو مات عنها زوجها)[٢] إن كان إلى كلا الجانبين أقل من ثلاثة أيام، أعني به: مقصدها، ومنزلها، فإنها تميل إلى أي الجانبين شاءت.

وإن كان إلى أحد الجانبين أقل من ثلاثة أيام، فإنها تميل إلى الجانب الذي هو أقل من ثلاثة أيام.

وإن كان إلى كلا الجانبين ثلاثة أيام، فإنها تميل إلى أيِّ الوجهين شاءت، إلا إذا دخلت مصراً من الأمصار في الذهاب أو في الرجوع، فحينئذٍ فيه اختلاف علىٰ ما يذكره.

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

ولو كان المصر تقرب منها على طريق القافلة، فليس لها أن تتخلف عن القافلة، هكذا قال الشيخ رحمه الله تعالى[١].

ولو كان هذا في مصر من الأمصار، فإن كان إلى كلا الجانبين أقل من ثلاثة أيام، فإنها تميل إلى أي الوجهين شاءت.

وإن كان في أحد الجانبين أقل من ثلاثة أيام، وفي الجانب الآخر ثلاثة أيام، فإنها تميل إلى الجانب الذي هو أقل من ثلاثة أيام.

والطلاق البائن والرجعي في هذا كله سواء، إلا أن في الطلاق الرجعي لا تفارق زوجها، وفي الطلاق البائن ذهابها مع الأجنبي ومع الزوج سواء، وهذا كله في قولهم جميعـاً.

ولو كان إلى كلا الجانبين ثلاثة أيام، والطلاق في مصر من الأمصار أو في المفازة ودخلت في المصر، ففي قول أبي حنيفة: ليس لها أن تخرج مع مَحْرَمٍ ولا مع غَيْرِ مَحْرَمٍ، وفي قولهما: لها أن تخرج مع محرم، هذا كله إذا كان في السفر.

ولو كان الطلاق أو الوفاة في الحضر[٢]، فليس لها أن تخرج ما لم تنقضِ عدتها، سواء وجدت مَحْرَمـاً أو لم تجد إلى مسيرة سفر، ولا ما دون ذلك، ولا إلى حج وإن كان يفوت وقت الحج، سواء كان الطلاق رجعيـاً، أو بائنـاً، أو ثلاثـاً، أو كانت متوفىٰ عنها زوجها، إلا أن في عدة الوفاة تخرج نهاراً ولا تخرج ليلاً[٣].

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٢١٩.
(٢) في م (المصر).

(٣) الأصل -في عدم خروج المتوفىٰ عنها زوجها من البيت-: قوله تعالىٰ: ﴿ مَّتَٰعًا إِلَى ٱلْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ ﴾ [البقرة: ٢٤٠]، فكانت عدة المتوفىٰ عنها زوجها حولاً، لا تخرج فيه من منزلها، ثم نُسخ ما عدا الأربعة أشهر والعشرة، بقوله سبحانه: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]، فكان حكم هذه المدة باقياً على ما كان عليه في منع الخروج، ووجوب الاعتداد فيها ...، ويؤيّد هذا: ما روي عن فريعة بنت مالك: أنها استأذنت النبي صلىٰ الله عليه وسلم في النَّقلة وهي معتدة، وقد كان زوجها قتل، فقال لها النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (لا، حتى يبلغ الكتاب أجله)، فمنعها النقلة، ولم ينكر عليها =

ولو لم تكن معتدة [فلها][(١)] أن تخرج إلى ما دون مسيرة سفر بلا محرم، ولا يجوز لها أن تخرج إلى مَسِيْرَة سَفَرٍ إلا مع مَحْرم، سواء كان المَحْرَم من جهة الرَّضَاع أو من جهة النَّسَب، أو من جهة المُصَاهَرَة.

وأصله الحديث روي عن رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (**لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام إلا ومعها زوجها، أو أخوها، أو ذو رَحِم مَحْرَمٍ منها**)[(٢)]، هذا إذا كانت حرة.

ولو كانت أمةً أو مكاتبة أو مدبرة، أو مستسعاة على قول أبي حنيفة: فلها أن تخرج مع كل واحد؛ لأن كل أحد لها كالمحرم، ألا ترىٰ أنه يحل للرجل من أمة الغير من اللمس والنظر ما يحل من النساء[(٣)] للخادم.

[٢٤٧-أ] قال: ومن خرجت إلينا من دار الحرب / بإسلام أو بذمة قد كان لها زوج في دار الحرب، فلا عدة عليها.

المهاجرة لا عدة عليها في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: عليها العدة، ولو كانت حاملاً، فلا يجوز لها أن تتزوج بزوج آخر ما لم تضع حملها في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي حنيفة: أنه يجوز لها أن تتزوج [بزوج آخر]، ولكن لا يقربها زوجها ما لم تضع حملها، وقد ذكرنا هذا في كتاب النكاح[(٤)].

[والله تعالىٰ أعلم].

= خروجها من البيت. [الحديث أخرجه أبو داود (٢٣٠٠)؛ والترمذي (١٢٠٤)؛ والنسائي في الكبرىٰ (١٠٠٤٤)؛ ابن ماجه (٢٠٣١)]. انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٢٤٤، ٢٤٥.

(١) في أ، ج (فأمّا) والمثبت من م.

(٢) الحديث أخرجه البخاري (١٠٣٦)؛ ومسلم (٨٢٧) وغيرهما.

(٣) في م (ما يحل من المحارم).

(٤) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٢٢٦ وما بعدها؛ شرح فتح القدير ٤/ ٣٣٦.

باب الرضاع[1]

أصل الباب: قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (**يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب**)[2].

[المُحَرَّمات من الرضاع]

ثم المحرمات تنقسم من الرضاع، كما تنقسم من النسب، على ما ذكرنا في كتاب النكاح.

المرأة إذا أرضعت صبياً ولها زوج نزل لها منه لبن، فهذه المرأة تكون أماً لهذا الصبي، ويكون زوجها أباً له[3]، ومن كان لهذه المرأة من الإخوة والأخوات كانوا لهذا الصبي [أخوالٌ وخالات، ومن كان بزوجها من الإخوة والأخوات،

---

(١) الرَّضاع -بكسر الراء وفتحها- من رَضَع أُمَّهُ رَضْعاً، ورِضاعاً، ورِضاعةً: امتص ثديها، أو ضَرْعَها، ويقال: رضع الثدي أو الضَّرع. كما في المعجم الوسيط (رضع).
وفي الشرع: (عبارة عن إرضاع مخصوص يتعلق التحريم)، في الجوهرة ١/ ٣٤؛ ووضح ذلك المناوي في تعريفه: (وشرعاً: حصول لبن ذات تسع فأكثر حال حياتها، في مَعِدَة حَيٍّ قبل تمام حولين ...)، التوقيف على مهمات التعاريف (رضع).

(٢) الحديث أخرجه البخاري من حديث ابن عباس رضي الله عنهما (٢٥٠١).

(٣) (والأصل في إيجاب التحريم بلبن الفحل: ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: استأذن عليّ أفلحُ أخو أبي القُعَيس، فلم آذن له، ثم سألت النبي صلىٰ الله عليه وسلم، فقال: (دَعيه، فَلْيَلِجْ عليك، فإنه عمُّك، فقلت: إنما أرضعتني النساء، ولم يرضعني الرجال! فقال: (فَلْيَلِجْ عليك، فإنه عمك)، وكانت امرأة أبي القُعَيس أرضعت عائشة رضي الله عنها. أخرجه مسلم (١٤٤٥) وغيره. (والنسب كله يكون من قِبَل الرجل، وإن كانت المرأة هي التي وَلَدَت، فكذلك الرضاع، يكون من قِبَله، وإن كانت هي التي أرضعت). شرح المختصر ٥/ ٢٥٦.

كانوا لهذا الصبي][1] أَعْمَام وعَمَّات، ومن كان لهذه المرأة من الآباء والأمهات، كانوا لهذا الصبي أجداد وجَدَّات من قبل الأم، ومن كان لهذه المرأة من الأولاد، كانوا لهذا الصبي إخوة وأخوات من قبل الأم، ومن كان لهذا الزوج من الأولاد من غير هذه المرأة، كانوا لهذا الصبي إخوة وأخوات من قبل الأب، ومن كان بينهما من الأولاد كانوا لهذا الصبي إخوة وأخوات من قِبَلِ الأَبِ والأُمِّ.

ثم لا يجوز لهذا الصبي أن يتزوج هذه المرضعة، ولا أخواتها، ولا أمهاتها، ولا أبنائها، ولا أخوات زوجها، ولا أمهاته، ولا أبنائه.

ويجوز لأخ هذا الصبي أن يتزوج هذه المرضعة، ويجوز لأبيه أيضـًا؛ لأنها أم ابنه من الرضاعة، ويجوز مثل هذا في النسب، ولا يجوز لابن هذا المُرْتَضِع أن يتزوج المُرْضِعَة؛ لأنها جدته من الرضاع.

[رضاعة كبيرةٍ لصغيرةٍ تزوّجهما رجل معـًا]

ولو تَزَوَّجَ كبيرةً مع صغيرةٍ، ثم أن هذه الكبيرة أرضعت هذه الصغيرة، حرمتا عليه، ويجب عليه للصغيرة نصف المهر، ويرجع بذلك على الكبيرة إن تعمدت الفساد، والقول قولها مع يمينها؛ لأنها لم تتعمد الفساد، ولا شيء للكبيرة[2].

ثم لا يجوز له أن يتزوج الكبيرة أبداً؛ لأنه قد تزوج ابنتها، ومجرد العقد على البنت يوجب تحريم الأم بقول الله تعالىٰ: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، ويجوز له أن يتزوج بالصغيرة، هذا إذا لم يكن دخل بالكبيرة، وأما إذا كان دخل بالكبيرة، يجب عليه للكبيرة جميع المسمىٰ والسكنىٰ، ولا نفقة لها، ولا يجوز له بعد ذلك أن يَتَزَوَّجَ واحدة منهما: لأنه قد دخل بالأم.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٢١.

ولو تَزَوَّجَ كبيرة (وصبيتين رضيعتين)[1] فأرضعت الكبيرة الصغيرتين، إن أرضعتهما معـًا حَرُمْنَ جميعـًا، وحكم بوجوب المهر والرجوع ما ذكرنا.

ولو أرضعتهما على التعاقب حَرُمَتْ عليه الكبيرة والأولىٰ، والأخرىٰ امرأته[2].

[إرضاع أمّ الزوج زوجته الصغيرة]

ولو أن رجلاً تزوج صبية صغيرة، فجاءت أم الرجل من النسب أو من الرضاع، أو أخته أو ابنته فأرضعت الصغيرة، حَرُمَتْ عليه، ويجب لها نصف المهر، ويرجع بذلك على المُرْضِعَةِ إن تَعَمَّدَتْ الفساد، وإن لم تتعمد الفساد، فلا يرجع.

ولو تزوج صبيتين رضيعتين، ثم جاءت امرأة فأرضعتهما معـًا، أو على التعاقب، حَرُمَتَا عليه، ويجب لكل واحدة منهما نصف الصداق، ويرجع بذلك على المُرْضِعَةِ إن تعمدت الفساد، وإن لم تتعمد فلا يرجع، ويجوز له أن يتزوج بابنتهما[3].

ولو تزوج ثلاث صبيات، ثم جاءت امرأة فأرضعتهن جميعـًا معـًا، أو أرضعت أولًا واحدة عَلَى حِدَةٍ، ثم أرضعت الثنتين جميعـًا معـًا، حَرُمْنَ عليه جميعـًا، / [٢٤٧-ب] ويجب عليه لكل واحدة نصف المهر، ويرجع بذلك على المرضعة إن تعمدت الفساد، ولو أرضعت كل واحدة منهن على حدة واحدة بعد واحدة، أو أرضعت الثنتين معـًا، ثم أرضعت الأخرىٰ على حدة حرمت عليه الأوليان، ويجب عليه لكل واحدة نصف المهر، والأخرىٰ امرأته.

وروي عن محمد في الفصول كلها: أنه يرجع على المرضعة تعمدت الفساد أو لم تتعمد[4].

---

(١) في م (وصغيرتين).
(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٢١.
(٣) في م (ويجوز له أن يتزوّج إحداهما أيهما شاء).
(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٢٢.

[ما يترتب من الزواج بأخته من الرضاعة]

ولو أن رجلاً تزوج امرأة ثم قال: هي أختي من الرضاع، أو أمي، أو ابنتي من الرضاع، ثم قال: أُوْهِمْت، أو أخطأت، أو عطلت، أو نسيت، أو كذبت، فهما على النكاح.

وإن قال: هو كما قلت حق، فُرِّقَ بينهما، فإن كان قبل الدخول يجب نصف المهر، وإن كان بعد الدخول يجب لها كمال المهر، والنفقة والسكنىٰ، وإن صدقته المرأة على ذلك، فلا مهر لها إذا كان قبل الدخول، وكذلك لو أقرّ الزوج بهذا قبل النكاح فقال: هذه أختي من الرضاع، أو أمي من الرضاع، ثم قال: أوهمت، أو نسيت، جاز له أن يتزوجها.

ولو قال: هو حق كما قلت، فلا يجوز له أن يتزوجها، ولو تَزَوَّجَهَا فُرِّقَ بينهما، ولو جحد الإقرار فشهد شاهدان على إقراره، فُرِّقَ بينهما.

وكذلك إذا أَقَرَّ بالنسب فقال: هذه أختي، أو هذه أمي من النسب، أو ابنتي، وليس لها نسب معروف، وتصلح أن تكون أماً له أو ابنته، فإنه يسأل مرة أخرىٰ، فإن قال: أُوْهِمْتُ، أو أخطأت، فهما على النكاح، وإن قال: هو حق كما قلت، فُرِّقَ بينهما(١).

[الشَّهَادَةُ فِي الرَّضَاعِ]

ولا يقبل في الرضاع أقل من شاهدين، أو رجل وامرأتين(٢)، هكذا روي عن عمر رضي الله تعالىٰ عنه، وروي عن عقبة بن الحارث أنه تزوج بنت أبي إهاب، فجاءت امرأة سوداء، فشهدت أنها أرضعتهما جميعاً، فاختصما إلى رسول الله

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٢١؛ شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٢٧٤؛ البدائع ٥/ ٢١٩٢.
(٢) في المختصر زيادة (عدول) ص ٢٢١.

صلىٰ الله عليه وسلم، فقال عليه الصلاة والسلام: **(دعها)**، أو قال: **(فارقها)** فقال عقبة: إنها امرأة سوداء، وإنها كيت وكيت، فقال عليه الصلاة والسلام: **(دعها أو فارقها، كيف وقد قيل)**(١)، فرسول الله صلىٰ الله عليه وسلم لم يفرق بينهما، ولكنه أمره بالمفارقة؟ ولو كان التفريق واجباً لفرق، وبه نقول، الأفضل للزوج إذا شهدت امرأة على الرضاع أن يطلقها، ويعطيها نصف المهر إن كان قبل الدخول بها، والأفضل لها أن لا تأخذ منه شيئاً، وإن كان بعد الدخول بها، الأفضل للزوج: أن يعطيها كمال المهر والنفقة والسكنىٰ، والأفضل لها: أن تأخذ الأقل من مهر مثلها ومن المسمىٰ، ولا تأخذ النفقة والسكنىٰ، فإن لم يطلقها فهو في سعة من المقام معها(٢).

وكذلك إذا شهدت امرأتان لا غير، أو رجل وامرأة، أو رجلان وهما غير عدلين، أو رجل وامرأتان وهم غير عدول، ولو شهد رجلان عدلان، أو رجل وامرأتان عدول، فإنه يفرق بينهما، فإن كان قبل الدخول بها، فلا شيء لها، وإن كان بعد الدخول بها، يجب الأقل من المسمىٰ ومن مهر المثل، ولا تجب النفقة والسكنىٰ.

[رَضَاعَةُ صَبٍّ من لبن زوجها الأول بعد زواجها بغيره]

قال: ومن طلق امرأته ولها لبن من وَلَدٍ كانت وَلَدَتْهُ منه، فانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر، ثم أرضعت صبياً عند الثاني، فإن كان قبل أن تحبل من الثاني، فإن الرضاع من الأول بالإجماع(٣)، وإن كانت أرضعته بعدما حبلت من

(١) الحديث أخرجه البخاري (٨٨) بلفظ مختلف، وفيه: (ففَارقَهَا، ونكحت زوجاً غيره)، وفي ابن حبان بلفظ: (دعها عنك)، وفي لفظ: (فنهاه عنها). (٤٢١٦، ٤٢١٧).

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٢١؛ شرح المختصر للجصاص ٥/ ٢٧٣، ٢٧٤.

(٣) (وذلك لأن اللبن نزل من الأول بدءاً، فلا يرتفع حكمه بارتفاع النكاح، كما لا يرتفع بالموت، وكما لو حلب منها لبن ثم ماتت، لم يبطل حكم الرضاع عن لبنها). شرح =

الثاني وولدت، [ثم أرضعت][(١)]، فإن الرضاع من الثاني بالإجماع.

وإن كان بعدما حبلت من الثاني قبل أن تلد، في قول أبي حنيفة: الرضاع من الأول إلى أن تلد، وفي قول أبي يوسف: [إن علم] على أن هذا اللبن من الثاني كان منه، وإلا فهو/ من الأول، وفي قول محمد: هو منهما جميعًا إلىٰ أن تَلِدَ[(٢)]. [٢٤٨-أ]

[خَلْطُ لَبَنِ امْرَأَتَيْنِ]

ولو أن امرأة حلب لبنها فخلط بلبن امرأة أخرىٰ، فَأَوْجَرَ[(٣)] منه الصبي، فإن الرضاع يكون من أغلبهما في قول أبي يوسف، وعن أبي حنيفة روي هكذا، وفي قول محمد وزفر: يكون منهما جميعًا؛ لأن الجنس لا يغلب الجنس[(٤)].

وأجمعوا: أنه إذا اختلط بلبن البهائم، أو بالماء، أو بالدواء، فإن الحكم لأغلبهما[(٥)].

ولو أنه خلط بالطعام فإنه ينظر: إن كان قد مَسَّته النار حتى تغير منه فلا يكون رضاعًا، فإن كان لم تمسَّه النار فإنه ينظر: إن كانت الغَلَبَةُ للطعام فلا يكون منه رضاعًا بالاتفاق، وإن كانت الغلبة للبن من حيث يتقاطر منه اللبن إذا وقع، فعند

= مختصر الطحاوي ٥/ ٢٧٤.

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من م، وهي توضيح العبارة أكثر.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٢٢؛ شرح المختصر للجصاص ٥/ ٢٧٥.

(٣) والوَجَر من الوَجُور: صب الدواء في وَسَط الفم، أو الحلق. انظر: المغرب؛ المعجم الوسيط (وجر).

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٢٢؛ (وذلك لأنهما من جنس واحد، فلا يصير القليل مستهلكًا في الكثير، وكل واحد منهما يأخذ بقسطه من التغذية، وسد الجوعة؛ لأن كل واحد منهما لا تأثير له في سلب قوة الآخر). شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٢٧٧.

(٥) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٢٢.

أبي حنيفة: لا يكون رضاعاً[(١)]، وعندهما: يكون رضاعاً.

المرأة إذا ولدت من الزنا فنزل لها لبن فأرضعت صبياً، فإن الرضاع يكون منها خاصة، لا من الزاني، فكل من لا يثبت النسب لا يثبت منه الرضاع، وكذلك إذا نزل للبكر لبن ولم تتزوج قط، فإن الرضاع يكون منها خاصة[(٢)].

[الرضاعة بلبن الميتة]

المرأة إذا ماتت فجعل لبنها في قدح وأوجر به الصبي، أو استعط[(٣)]، فإنه يكون رضاعاً عندنا[(٤)]؛ لأن اللبن لا يموت كالبيضة، وعند الشافعي: لا يكون رضاعاً[(٥)].

[التَّحْرِيْم بالرَّضْعَةِ الوَاحِدَةِ]

وأجمعوا: أنه لو جامع الميتة لا يوقع حرمة المصاهرة، وقليل الرضاع وكثيره سواء، الرضعة والرضعتان[(٦)]، والمصَّة والمصَّتان، والإملاجة والإملاجتان،

---

(١) (ووجه ذلك: أن اختلاطه بالطعام والماء، يسلبه قوته، حتى لا يمكن الصبي الاقتصار عليه في الغذاء، ولا يقوم عليه بدنه، ولو دام عليه؛ فلذلك لم يحرِّم). شرح المختصر ٥/ ٢٧٧.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٢٢؛ شرح المختصر ٥/ ٢٧٨.

(٣) (السَّعُوط -بالفتح-: الدواء يُصَبُّ في الأنف، وقد أسعَطَه فاسْتَعَط هو بنفسه)، مختار الصحاح (سعط).

(٤) وقد قال الطحاوي: (السَّعُوط، والوَجُور، يُحرِّمان كما يُحَرِّم الرضاع)، مختصر الطحاوي ص٢٢١؛ (وذلك لقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (الرضاع من المجاعة) [البخاري (٥١٠٢)؛ ومسلم (١٤٥٥)]، وقوله صلىٰ الله عليه وسلم: (الرضاع: ما أنبت اللحم، وأنشز العظم) [البيهقي في الكبرىٰ ٧/ ٤٦١؛ والدارقطني ٢/ ١٧٣]، وهذا المعنىٰ يحصل بالسَّعُوط والوَجُور؛ لأن السعود يحصل إلى الدماغ، وينزل إلى الجوف، فيغذِّي ويسد الجوعة، والوجور يصل إلى الجوف فيغذِّي). شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٢٧٣.

(٥) وأيضاً لأنه من لبن جثة منفكة عن الحل والحرمة، ولم يحرم؛ لأنه معنىٰ يوجب تحريماً مؤبداً، فبطل بالموت، كالوطء. انظر: المهذب ٤/ ٥٨٩؛ الروضة ٩/ ٩.

(٦) (أما إيجاب التحريم بالرضعة الواحدة، فالأصل فيه قول الله تعالىٰ: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ =

يكون رضاعـاً عندنا بعد أن علم أنه وصل إلى جوفه، وعند الشافعي: لا يكون رضاعـاً ما لم تكن خمس رضعات متواليات واصلات إلى الجوف(١).

[مُدَّةُ الرَّضَاع]

وأجمعوا: أنه في الحُقْنَة(٢) لا يكون رضاعـاً(٣)، والرضاع إنما يكون قبل الفطام(٤)، وأما بعد الفطام فلا يكون رضاعـاً؛ لما روي عن علي وعبد الله بن مسعود رضي الله تعالىٰ عنهما أنهما قالا: (لا رضاع بعد الفِصَال)(٥).

= أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَـٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣]، فلمَّا علَّق الحكم فيه بالاسم، وجب اعتبار عمومه فيما يتناوله، ويدل على أن الاسم يتناول القليل والكثير: أن ابن عمر لما قيل له: إن ابن الزبير يقول: (لا تحرم الرضعة والرضعتان) [مسلم (١٤٥١)]، قال: قضاء الله أولىٰ من قضاء من ابن الزبير، قال الله تعالىٰ: ﴿وَأُمَّهَـٰتُكُمُ ٱلَّـٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَـٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣]، فأخبر وهو رجل من أهل اللسان: أن إيجاب التحريم بقليل الرضاع، معقول اللفظ). شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٢٥٧.

(١) ودليل قولهم بأنه لا يثبت تحريم الرضاع بما دون خمس رضعات: ما روت عائشة رضي الله عنها أنها قالت: (كان فيما أنزل من القرآن: عشرُ رضعات معلومات يُحَرِّمْن، ثم نسخ بـ: خمس معلومات، فتوفي رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم وهُنّ مما يُقْرأ في القرآن) [أخرجه مسلم (١٤٥٢)].

(٢) الحُقْنَة من الاحتقان، (والحقنة: ما يَحْتَقِن به المريضُ من الأدوية)، (وما يوصل الدواء إلى جسمه بالمِحْقَنَة)، مختار الصحاح؛ المعجم الوسيط (حقن).

(٣) وقد قال الطحاوي: (والسَّعوط والوجور يحرمان كما يحرم الرضاع، والحُقْنة ليست كهما، فلا تحرم شيئـاً)، ص٢٢١؛ (وذلك لأنه لم يصل إلى موضع الغذاء، ولا تأثير له في إنبات اللحم، ولا إنشاز العظم؛ إذ لا يصل إلى المعدة، وهي موضع الغذاء). شرح المختصر ٥/ ٢٧٣.

(٤) الفطام -بكسر الفاء-، ومنه: فِطام الصَّبِيِّ: فصاله عن أمه، وفطمت الأم ولدها، تفطمه فطامـاً، فهو فطيم)، مختار الصحاح (فطم).

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة مرفوعًا من حديث عليّ، وموقوفـاً عليه، وموقوفًا على ابن عمر، وابن عباس رضي الله عنهم. ٧/ ٤٦٤.

ثم على قول أبي حنيفة: الرضاع إلى سنتين ونصف: ثلاثون شهراً، فبعد ذلك لا يكون رضاعـًا[1]، سواء فطم أو لم يفطم، وعند أبي يوسف ومحمد: إلى سنتين فبعد ذلك لا يكون رضاعـًا سواء فطم أو لم يفطم[2]، وعند زفر إلى ثلاث سنين، فبعد ذلك لا يكون رضاعـًا سواء فطم أو لم يفطم.

وقال بعضهم: إلى خمسة عشر سنة، وقال بعضهم: في جميع العمر[3].

[والله تعالىٰ أعلم بالصواب].

---

(١) ودليل قول أبي حنيفة: قوله تعالىٰ: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥]، ووجهه: أنه تعالىٰ ذكر شيئين، وضرب لهما مدة، فكانت لكل واحد منهما بكمالها: كالأجل المضروب للدَّيْنَيْن، إلاّ أنه قام المنقص في أحدهما، فبقي في الثاني على ظاهره؛ ولأنه لا بد من تغيير الغذاء لينقطع الإنبات باللبن، وذلك بزيادة مدة يتعوّد الصبي فيها غيره، فقدرت بأدنىٰ مدة الحمل؛ لأنها مغيرة، فإن غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع، كما يغاير غذاء الفطيم)، كما قال المرغيناني في الهداية ١/ ٢٢٣ (الحلبي). انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٢٦٦، ٢٦٧.

(٢) ودليل الصاحبين والشافعي: قول الله تعالىٰ: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٢٣].

ولما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (إنما الرضاعة من المجاعة) [البخاري (٥١٠٢)؛ ومسلم (١٤٥٥)]، أي: الرضاعة التي تثبت فيها الحرمة، ما يكون في الصغر حين يكون الرضيع طفلاً يسدُّ جوعته. انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٢٦٥.

(٣) انظر: خزانة الفقه ص١٣٩ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٢٥٥ وما بعدها؛ البناية في شرح الهداية ٤/ ٣٤٣.

باب النفقة على الأَقَارِب والزَّوْجات والمُطَلَّقات

[نَفَقَةُ الزَّوْجَةِ]

قال رضي الله تعالىٰ عنه: نفقة الزوجات مشروعة بقوله عز وجل: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُوا۟ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾ [النساء: ٣٤](١).

وإنما تجب النفقة على المُوْسِع قَدَرُه، وعلى المُقْتِرِ قَدَرُه، على السعر ورخصه، يُقَوَّم ذلك قيمته بالمعروف، ينظر في ذلك إلى [قدر إِعْسَارِه وإِيْسَارِه، ولا ينظر إلى قدر] إعسارها ويسارها.

إذا كان الرجل فقيراً، يفرض لامرأته عليه من النفقة قدر [ما يكفيها من الطعام والإدام، ونحو ذلك مما لا غنىٰ لها عنه بالمعروف، ومن الكسوة أدنىٰ](٢) ما يصلحها في الصيف والشتاء بالمعروف.

[نفقة خادم الزوجة]

ويفرض لخادمها أيضاً على قدر ذلك بالمعروف إنْ كانت متفرغة لخدمتها، ولا شغل لها غيرها، ولا يفرض لأكثر من ذلك(٣).

---

(١) عبارة المختصر هنا: (وعلى الزوج النفقة على زوجته فيما لا غنىٰ بها عنه: من طعام، ومن شراب، ومن كسوة، ومن خدمة، بالمعروف على الموسع قدره ...) ص ٢٢٣، وقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم في خطبته المشهورة: (وَلَهُنَّ عليكم رزقهنّ وكسوتهن بالمعروف)، مسلم (١٢١٨).

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

(٣) (وذلك لأن عليه أن يقيم لها من يُصلح لها الطعام والكسوة؛ لأن الله تعالىٰ لمَّا قال: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، والرزق: ما يؤكل، علمنا أن عليه إيصاله =

روي عن أبي يوسف في رواية أخرىٰ أنه قال: المرأة إذا كانت يَجِلُّ مقدارها على خدمة خادم واحد، ويحتاج إلى أكثر من ذلك، يفرض لأكثر من ذلك بالمعروف، الثنتين والثلاث أو أكثر، وبه أخذ الطحاوي[1].

ولو كان الرجل وَسَطًا يفرض لها عليه أوسط[2] من ذلك من الطعام والإدام بالمعروف، ومن الكسوة أرفع من ذلك/ بالمعروف[3]. [٢٤٨-ب]

وإن كان غنيًا مترِيًا يفرض لها عليه من الطعام والإدام أوسع من ذلك كله، ومن الكسوة أرفع من ذلك كله بالمعروف، والقاضي يُقَوِّمُ نفقة كل شهر بالدراهم، ويفرض لها [ذلك] شهراً فشهراً.

[شَرْطُ وُجُوْبِ النَّفَقَةِ]

ثم شرط وجوب النفقة: أن تكون المرأة محبوسة في بيت الزوج لحق العقد، ممنوعة عن الخروج لحق الزوج، فإذا كان هكذا تجب النفقة، وإلا فلا.

المرأة إذا كانت محبوسةً لِحَقِّ الغير، أو نَاشِزَةً عن زوجها، أو صغيرة لا تحتمل الجماع، لا تجب لها النفقة، ولو أنها منعت نفسها لأجل مهرها العاجل، فلها النفقة؛ لأن هذا منع بحق.

وكذلك إذا مرضت مرضًا لا تطيق الجماع، أو كبرت وهي لا تطيق الجماع، أو بها رتق يمنع الجماع، [أو بها قَرْن يمنع الجماع، أو أصابها بلاء يمنع الجماع]، فإن لها النفقة.

= إليها على حال يتأتىٰ فيها الأكل)، كما في شرح المختصر ٥/ ٢٨١.

(١) (وحَمَلَ الأمر فيه على العادة، ولأن هذا من المعروف لمثلها)، كما قال الجصاص في الشرح ٥/ ٢٨١.

(٢) في م (أوسع).

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٢٣.

وكذلك إذا كان الزوج صغيراً لا يطيق الجماع، أو مريضاً لا يستطيع الجماع، فإن لها النفقة[١].

ثم النفقة للحرة، والمكاتبة تجب بنفس العقد، والأَمَة، والمُدَبَّرَة، وأم الولد لا تجب، إلاّ إذا بوّأها السيد بيتاً مع زوجها وضَمَّها إليه، وقطعها عن خدمته، تجب النفقة، وإلا فلا.

وإنما تجب النفقة: في النكاح الصحيح، أو في عِدَّةٍ منه، ولا تجب النفقة في النكاح الفاسد ولا في عدة منه[٢].

والنفقة لا تصير ديناً في ذِمَّةِ الزوج إلاّ بقضاء القاضي، أو باصطلاحهما، فبعد ذلك تصير ديناً في ذمة الزوج، وإن طال الزمان ولم تأخذ، فلها أن تطالب بالنفقة، إلا إذا مات أحدهما، فحينئذٍ تسقط النفقة[٣].

[النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَىٰ فِي الطَّلَاقِ الرَّجْعِي]

الرجل إذا طلق امرأته طلاقاً رجعياً أو بائناً أو ثلاثاً[٤]، نظر: إن كان قَبْلَ الدخول بها فلها نصف المهر، وإن كان بعد الدخول بها فلها جميع المهر، والنفقة

---

(١) في م (تجب لها النفقة).

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٢٨٢ وما بعدها؛ فتاوىٰ قاضيخان ١/ ٣٦٧، ٣٦٨.

(٣) (وذلك لأنها تجري مجرىٰ الصلة، والدليل عليه: أنها ليست بدلًا عن البضع، ... وليست بدلاً من الاستمتاع ....

فلما خلت النفقة من أن تكون بدلاً من شيء، علمنا أن موضوعها موضوع الصلة، فلا تصير ديناً إلّا بالتراضي، أو بفرض القاضي، فتصير حينئذٍ دَيْنًا بالاتفاق)، كما في شرح المختصر ٥/ ٢٨٨.

(٤) وعبارة المختصر: (... وللمطلقة ثلاثاً أو طلاقاً بائناً، سوىٰ هذا: النفقة والسكنىٰ على المطلق لها، حاملاً كانت أو غير حامل، حتى تنقضي عدتها)، ص٢٢٣.

والسكنىٰ ما دامت في عدتها، سواء كانت حاملاً أو حائلاً، وهذا عندنا[١]، وقال الشافعي: لا نفقة للمبتوتة إلا إذا كانت حاملاً، حينئذٍ تجب النفقة لها[٢].

[النَّفَقَةُ والسُّكْنَىٰ بِحَسَبِ الفُرْقَة]

وكل فُرقَةٍ جاءت من قِبَلِ الزوج، كانت بسبب مباح، أو بسبب محظور، إن كان قبل الدخول، فلها نصف المهر، وإن كان بعد الدخول فلها كمال المهر، والنفقة، والسكنىٰ، إلا في خيار الإدراك قبل الدخول بها، فلا شيء لها.

(١) والدليل عليه: قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه -حين أنكر على فاطمة بنت قيس روايتها عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: أنه لم يجعل لها سكنىٰ ولا نفقة، فقال عمر-: (لا ندع كتاب ربنا وسنة نبيِّنا لقول امرأة، لعلها نسيت، أو شُبِّه لها) [مسلم (١٤٨٠)]، فأخبر أن وجوب النفقة والسكنىٰ، مأخوذ من الكتاب والسنة)، انظر تفصيل ذلك: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٢٩٠، ٢٩١.

لم يذكر المؤلف مسألة نفقة وسكنىٰ المتوفىٰ عنها زوجها، فقال الطحاوي: (ولا نفقة للمتوفىٰ عنها زوجها، ولا سكنىٰ في ماله، حاملاً كانت أو غير حامل)، ص٢٢٦.

وفصَّل الجصاص المسألة بقوله: (أما إذا كانت غير حامل، فلا خلاف أنه لا نفقة لها في مال الزوج، قال الله تعالىٰ: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]، فجعل نفقتها على نفسها.

واختلف السلف في نفقتها إذا كانت حاملاً:

فقال ابن مسعود، وابن عمر، وشريح، وأبو العالية، وإبراهيم، والشعبي: نفقتها من جميع الميراث.

وقال ابن عباس، وابن الزبير، وجابر، وسعيد بن المسيب، والحسن، وعطاء: لا نفقة لها في مال الزوج، بل نفقتها على نفسها.

والنظر يدل على ذلك؛ لأنهم اتفقوا على أن غير الحامل لا نفقة لها، فالحامل مثلها؛ لأن حكم الحامل والحائل، لا يختلف عندنا في وجوب النفقة). شرح المختصر ٥/ ٣١٨.

(٢) وتجب النفقة والسكنىٰ للحامل بسبب الحمل على الأظهر. انظر: المهذب ٤/ ٦٢٠؛ المنهاج (مع مغني المحتاج) ٣/ ٤٤٠.

والسبب المباح: خيار الإدراك، والسبب المحظور: تقبيله ابنتها لشهوة، أو مسها لشهوة، أو أمها، وكذلك الردة، أو إباؤه الإسلام.

وكل فُرْقة جاءت من قبل المرأة نظر: إن كانت بسبب مباح نحو: ما إذا اختارت نفسها بالإدراك، أو بالعتاق، أو بعدم الكفاءة، وهي مدخول بها، فلها كمال المهر، والنفقة والسكنىٰ، وإن كانت بسبب محظور، يجب كمال المهر، والنفقة والسكنىٰ لها، وإن كان [هذا] قبل الدخول بها، فلا شيء لها(١).

[النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَىٰ فِي الخُلْعِ]

ولو خَلَعها بعد الدخول، وجب لها النفقة والسكنىٰ، إلاّ إذا خَلَعَها بشرط أن يبرأ من النفقة والسكنىٰ، فإنه يبرأ من النفقة، ولا يبرأ من السكنىٰ؛ لأن السكنىٰ من خالص حق الله تعالىٰ، فلا يَصِحُّ الإبراء عنها.

ثم الأصل بعد هذا: أن كل امرأة كانت لها النفقة يوم الطلاق ثم صارت إلى حال لا نفقة لها، فلها أن تعود وتأخذ النفقة، وكل امرأة لا نفقة لها يوم طلقت، فليس لها نفقة أبداً.

بيانه: الرجل إذا طلق امرأته وهي أمة طلاقًا بائنًا، وكان المولىٰ بوّأها بيتًا مع الزوج، ثم أخرجها المولىٰ لخدمته، سقطت النفقة، ولو أراد المولىٰ أن يعيدها إلى الزوج ويأخذ النفقة، كان له ذلك، ولو لم تكن في تبوئة الزوج يوم طلقها، فأراد المولىٰ أن يبوئها مع الزوج في العدة / لتجب النفقة، فإنها [٣٤٠-أ]
لا تجب(٢).

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٢٦؛ شرح المختصر ٥/ ٣١٤، ٣١٥.
(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٢٤.

[نَفَقَةُ المُرْتَدَّةِ والنَّاشِزَةِ]

وكذلك المرأة إذا ارْتَدَّتْ، وقعت الفُرْقة بالرِّدَّةِ، ولا نفقة لها[١]، ولو أسلمت لا تعود النفقة، وبمثله لو طلقها وهي مسلمة فارتدت في العدة ثم أسلمت، فإن النفقة تعود، إلاّ إذا لحقت بدار الحرب مرتدة، ثم أسلمت أو سُبِيَتْ فأُعْتِقَتْ أو لم تعتق، فلا نفقة لها.

ولو [قبَّلت ابن] زوجها في العدة أو طاوعته، فإن النفقة لا تسقط وكذلك السكنىٰ، بخلاف ما لو ارتَدَّتْ في العدة[٢].

ولو أن المرأة كانت نَاشِزَةً وقت الطلاق، فإن لها أن تعود إلى دار الزوج وتأخذ النفقة، وهذا مشكل على الأصل الذي ذكرنا؛ لأن هذه المرأة لم تكن لها نفقة يوم طلقت ثم تعود النفقة، إلاّ أن العذر فيه أن النفقة كانت واجبة لها إلاّ أنها منعت نفسها عن حق واجب، فلها أن تعود وتأخذ النفقة.

ولو أن المرأة طاولت بها العدة، فلها النفقة والسكنىٰ، وكذلك إذا ارتفع حيضها لعذر الحبل، أو بعذر آخر، فلها النفقة والسكنىٰ، وإن امتد ذلك إلى عشر سنين ما لم تدخل في حد الإياس، وتنقضي العدة بالشهور بعد ذلك.

ولو أن الزوج اتهمها، حَلَّفَهَا بالله ما انقضت عدتها.

ولو أن الزوج أعطاها نفقة شهر أو سنة، ثم ماتت أو مات الزوج، ففي قول أبي حنيفة وأبي يوسف: يكون ذلك ملكاً لها، ويورث عنها استحساناً، وعند محمد: يرد على الزوج من النفقة والكسوة بقدر ما بقي من المدة، سواء كان قائماً

---

(١) (والأصل فيه: الناشزة لمَّا كان منع نفسها بمعصية، لم تستحق النفقة، كذلك كل فرقة إذا كانت من قِبَلها بمعصية ...). شرح المختصر ٥/ ٣١٥.
(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٢٦.

أو مستهلكًا، فإن كان [هالكًا][(١)] فلا شيء بالاتفاق، هذا إذا كان الزوج حراً.

وإن كان الزوج عبداً أو مدبراً أو مكاتباً أو ولد أم الولد، فعليه المهر والنفقة لزوجته، سواء كانت الزوجة حرة أو مملوكة، فإن كان الزوج عبداً يباع في ذلك، إلا أن يقضي عنه السيد، وأما المُكَاتَب والمُدَبَّر وَوَلَدُ أُمِّ الولد فلا يباعون في ذلك، بل [يسعون][(٢)] فيما وجب عليهم، ولا تجب النفقة على العبد لولده، سواء كان من امرأة حرة أو أمة.

[النفقة على الوالدين]

قال: (**ويجبر الرجل على نفقة أبويه[(٣)] إذا كانا محتاجين وإن لم يكونا زَمِنَيْنِ**)[(٤)].

الأصل في نفقة ذوي الأرحام قوله عز وجل: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾، إلى قوله: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وفي قراءة عبد الله بن مسعود: وعلى الوارث ذي الرَّحِم المَحْرَم مثل ذلك.

ثم الأصل في وجوب نفقة ذوي الأرحام أن يقال: شرط وجوب النفقة أن يكون ذو الرَّحِمِ المَحْرَم من أهل الميراث بالقرابة، فإذا كان كذلك تجب النفقة، وإلا فلا.

---

(١) في أ، ج (هكذا) والمثبت من م.

(٢) في أ (يدفعون) والمثبت من م، ج.

(٣) إجبار الولد بالنفقة على الوالدين: لقول الله سبحانه وتعالىٰ: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِى ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان:١٥]، وليس من المعروف تركهما جائعين مع القدرة على سَدِّ جوعتهما، وأيضـًا قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (أنت ومالك لأبيك) [أبو داود (٣٥٣٠)؛ وابن ماجه (٢٢٩٢)]، ويقتضي جواز أخذ مال الابن في حال الإعسار في الحاجة من حكم العموم، كما اتفق عليه الفقهاء. انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٣٠١.

(٤) مختصر الطحاوي ص ٢٢٤؛ شرح المختصر ٥/ ٣٠١؛ شرح فتح القدير ٤/ ٤١٥؛ يقال: (رجُلٌ زَمِنٌ، أي: مبتلىٰ بَيِّنُ الزمانة). مختار الصحاح (زمن).

الرجل المُوْسِرُ أو المرأة المُوْسِرَةُ، يجبر على نفقة أبويه إذا كانا محتاجَيْن، يعتبر فيهما الفقر لا غير، ولا يعتبر فيهما الزمانة، وكذلك يجبر على نفقة الآباء والأمهات إذا كانوا محتاجِيْن، سواء كانوا من قبل الأب أو من قبل الأم، يعتبر فيهم الفقر خاصة[١].

وكذلك الرجل يجبر على نفقة أولاده الصغار الفقراء[٢]، ذكوراً كانوا أو إناثاً، يعتبر فيهم الفقر خاصة، ولو كانوا كباراً بالغين، ففي الإناث يعتبر الفقر خاصة، وفي الذكور يشترط فيهم الفقر والزمانة، إذا كان زَمِناً، أو مُقْعَداً، أو مَفْلُوْجاً، أو مقطوع اليدين، أو مقطوع الرجلين، أو أَشَلَّ اليدين، أو أعمىٰ، أو مَفْقُوْءَ العينين، أو كان به شيء من العوارض مما يمنعه من الاكتساب، فحينئذٍ تجب له النفقة، وإلا فلا.

[النَّفَقَةُ عَلىٰ الأَقَارِبِ]

[٢٤٩-ب] وكذلك/ هذا في غير الوالدين والمولودين: كالإخوة والأخوات، والأعْمَام والعَمَّاتِ، والأخوال وما أشبه ذلك.

وفي الصغار يشترط الفقر خاصة، وفي الكبار الإناث كذلك، وفي الكبار الذكور يشترط الفقر والزمانة[٣].

---

(١) (وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥]، وليس المعروف تركهما جائعين مع القدرة على سَدِّ جوعتهما.

وأيضاً قال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (أنت ومالك لأبيك) [أبو داود (٣٥٣٠)؛ وابن ماجه (٢٢٩٢)، وفي الزوائد: صحيح الإسناد]، وعمومه يقتضي جواز أخذ مال الابن في حال اليسار والإعسار، إلاّ أن الفقهاء متفقون: على أنه لا يجوز له أخذه بغير رضاه في حال اليسار، فخصصناه، وبقي حكم العموم في حال الإعسار في مقدار الحاجة). شرح المختصر ٥/ ٣٠١.

(٢) مختصر الطحاوي ص٢٢٤.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٢٤؛ شرح المختصر ٥/ ٣٠٣.

[عِلَّةُ النَّفَقَةِ فِي الوَالِدِ والوَلَدِ]

ثم النفقة في الوالد والولد لِحَقِّ الوِلاَدَةِ لا لِحَقِّ الوِرَاثَةِ، لا يشارك الولد أحد في النفقة على والديه، وكذلك الأب لا يشاركه في النفقة على أولاده أحد(١).

الولد إذا كان مُعْسِراً صغيراً وله أبوان مُوْسِرَان، فنفقته على الأب دون الأم، وإن كانا يرثان معاً، وإن كان الأب معسراً غير زَمِنٍ، فالقاضي يأمر الأم بالنفقة عليه، ويصير ذلك ديناً لها على الأب في ذمته، وترجع به عليه.

[النَّفَقَةُ فِيمَا إِذَا اجْتَمَعَ أَكْثَرُ مِن وَارِثٍ وَذِي رَحِمٍ]

ولو أن رجلاً معسراً، أو امرأة معسرة، ولها أب وابن، كلاهما موسران، فإن نفقتهما على الابن دون الأب، ولو كانت لها أمٌّ وجَدٌّ، فإن النفقة عليهما أثلاثـاً على قدر مواريثهما: الثلث على الأم، والثلثان على الجد.

وكذلك إذا كانت: أم، وأخ لأب وأم، وابن أخ لأب وأم، أو عم لأب وأم، أو واحد من العصبة، فإن النفقة عليهما أثلاثـاً.

وكذلك إذا كانت له: أخت لأب وأم، وأخ لأب وأم، فإن النفقة عليهما أثلاثـاً على قدر مواريثهما.

ولو كان: أخ لأب وأم، وأخ لأم، فالنفقة عليهما أسداس على قدر الميراث.

---

(١) وعبارة المختصر: (ويُجْبَر على نفقة أولاده الصغار إذا كانوا فقراء، ذكوراً كانوا أو إناثـاً)، ص٢٢٤.

(وذلك لقول الله تعالىٰ: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، فأوجب على الأب نفقة الرضاع، وقال في الآية الأخرىٰ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، فخصّ الأب بإيجاب النفقة عليه دون أحد سواه). شرح المختصر ٥/ ٣٠١، ٣٠٢.

ولو كان له: جد، وجدة، فالنفقة عليهما أسداس.

ولو كان له: عم لأب وأم، وعمة لأب وأم، فالنفقة على العم دون العمة.

وكذلك لو كان له: عم لأب وأم، وخال لأب وأم، فالنفقة على العم.

ولو كانت له: عمة لأب وأم، وخالة لأب وأم، أو خال، فالنفقة عليهما أثلاثاً: ثلثاها على العمة، وثلثها على الخال.

وكذلك لو كان له: خال وخالة من قِبَلِ الأب والأم، وابن عم لأب وأم، فالنفقة على الخال، والميراث لابن العم؛ لأنَ شرط وجوب النفقة: هو أن يكون ذُوْ رَحِم مَحْرَم من أهل الميراث.

ولو كان رحم غير محرم نحو: ابن عم، أو مَحْرَم غير رَحِم نحو: الأخ من الرضاع، والأخت من الرضاع، أو رَحِماً مَحْرَماً لا من قرابة نحو: ابن عم وهو أخ من الرضاع، لا تجب النفقة، هذا إذا كان على دِين واحد[1].

[نَفَقَةُ الأَقَارِبِ مَعَ اخْتِلَافِ الدِّيْنَيْنِ]

وأما إذا اختلف الدِّيْنَان، فإنه لا يجبر المسلم على نفقة الكافر، ولا الكافر على نفقة المسلم، إلاَّ المسلم فإنه يجبر على نفقة امرأته اليهودية أو النصرانية، وكذلك يجبر على نفقة آبائه وأمهاته الزمنين إذا كانوا مُحْتَاجِيْن.

[وكذلك الذِّمِّي يجبر على نفقة أولاده الصغار الذين أسلموا بإسلام]، ويجبر الذمي على نفقة أولاده الكبار المسلمين، إذا كانوا من أهل استحقاق النفقة على ما ذكرنا، ولا يجبر على نفقة أبويه المستأمنين[2].

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٢٤؛ شرح المختصر ٥/ ٣٠٢، ٣٠٣.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٢٤؛ شرح المختصر ٥/ ٣٠٥، ٣٠٦.

[إِجْبَارُ المُعْسِرِ عَلىٰ النَّفَقَةِ]

الرجل المعسر لا يجبر على نفقة أحد، إلاّ على نفقة زوجته وإن كان معسراً، أو على أولاده الصغار، ولا يجبر على نفقة أبويه إذا كان معسراً إلا أن الأب إذا كان زَمِناً، فإنه يدخل مع الابن فيأكل معه.

وكذلك الأم إذا كانت فقيرة تدخل مع ابنها فتأكل معه، ولا يفرض لهما عليه نفقة على حدة، وإنما تجب نفقة المُعْسِر على المُوْسِر، ولا تجب نفقة الموسر على أحد[1].

والمُعْسِرُ: هو الذي تحل له الصدقة، وقد ذكرنا من تحل له الصدقة ومن لا تحل، في كتاب الزكاة.

ثم الأصل بعد هذا: أن كل من كان يحوز جميع الميراث وهو معسر، فإنه يجعل كالميت، فتكون نفقته على الباقين على قدر مواريثهم، وكل من كان يحوز بعض الميراث لا يجعل كالميت؛ فتجعل النفقة على قدر [مواريث] من يرث معه.

[٢٥٠-أ] بيانه: رَجُلٌ مُعْسِرٌ زَمِنٌ / وله ابن معسر زمن، أو هو صغير، وله ثلاث إخوة متفرقين، فإن نفقة الأب على أخيه لأمه وأبيه، وعلى أخيه لأمه أسداس: سدسها على الأخ من قِبَل الأم، وخمسة أسداسها على الأخ من قبل الأب والأم، وجعل الابن كالميت.

ولو كُنَّ ثلاث أخوات متفرقات، فنفقة الابن عليهن أخماس: ثلاثة أخماسها على الأخت من قِبَل الأب والأم، وخمسها على الأخت من قِبَلِ الأب، وخمسها على الأخت من قِبَلِ الأم، على قدر مواريثهن.

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٢٤؛ شرح المختصر ٥/٣٠٨ - ٣١٠.

ولو لم يكن ثَمَّةَ أب، أو جعل الأب كالميت، فنفقة الابن في الحالين على عمه لأبيه وأمه، وعلى عمته لأبيه وأمه دون الآخرين؛ لأن الميراث له، ولو كان مكان الابن بنت، والمسألة بحالها، فنفقة الأب على أخيه لأمه وأبيه، وعلى أخته لأبيه وأمه؛ لأن البنت لا تحوز جميع الميراث فلا تجعل كالميت، فكان الوارث معها الأخ لأب وأم والأخت لأب وأم، فكانت النفقة عليهما.

وكذلك نفقة البنت على العم لأب وأم، وعلى العمة لأب وأم؛ لأنهما وارثاها.

[النَّفَقَةُ مِن مَالِ المَفْقُوْدِ وَالغَائِبِ]

الرجل إذا كان مفقوداً وغائباً وله مال حاضر عند إنسان، فالقاضي لا يقضي بالنفقة من ماله إلاّ للوالدين والمولودين والزوجة.

ثم صاحب اليد إذا دفع بغير إذن القاضي ضمن، وإن دفع بإذن القاضي لا يضمن، وإن قضىٰ لهم القاضي بالنفقة واستوثق منهم بكفيل فهو حسن. هكذا ذكر في كتاب المفقود.

ولو كان هذا المال عندهم، فما كان من جنس النفقة، فلهم أن يتناولوه لما روي: أن امرأة أبي سفيان أتت رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وإنه لا يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي، فقال رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم: (**خذي من مال زوجك بالمعروف**)(١).

وما كان من غير جنس النفقة، فليس لهم أن يتناولوه إلا في فصل واحد: وهو الأب يبيع مال ابنه الغائب من المنقول قدرما يحتاج إليه من النفقة، ولا يجوز له أن يبيع زيادة على ذلك.

---

(١) الحديث أخرجه الجماعة، والبخاري بلفظ: (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف) (٥٠٤٩) ومواضع أخرىٰ؛ ومسلم (١٧١٤).

وأجمعوا: أنه لا يبيع العَقَار إلا إذا كان الولد صغيراً فيبيع ذلك، وأجمعوا: أن الأم لا تبيع مال ولدها الصغير والكبير.

ولو أن رجلًا حبس لأجل الدَّيْن والنفقة، فما كان من جنسن الدَّيْن والنفقة، فإن القاضي [يُسَلِّمُ إليهم بغير رضاه بالاتفاق، وما كان من غير الدين والنفقة، فإن القاضي] لا يبيعه بغير رضاه في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: يبيع بغير رضاه، ويقضي دينه، وهو على قلب الاختلاف الأول.

[الزَّوْجَةُ تَأْخُذُ مِن وَدِيْعَةِ الزَّوْجِ الغَائِبِ]

ولو كان الرجل غائباً وله وديعة عند إنسان، فجاءت امرأته تطلب النفقة(١) فإن كان المُوْدَع مُقِرّاً بالزوجية والوديعة جميعـًا، فإن القاضي يأمره بأن يدفع الوديعة إليها، ويأخذ منها كفيلاً بذلك.

ثم إذا رجع الزوج فإنه ينظر: إن كان لم يعجل النفقة فَبِهَا ونِعْمَتْ، وإن كان قد عَجَّل النفقة وأقام البينة على ذلك، أو لم يقم له بينة واستحلفها، فنكلت، فهو بالخيار: إن شاء أخذ من الكفيل، وإن شاء أخذ من المرأة.

ولو أَقَرَّت المرأة بأنها كانت قد تعجَّلَت النفقة من الزوج، فإن الزوج يأخذ منها ولا يأخذ من الكفيل.

ولو أن المُوْدَع أقرّ بالزوجية وأنكر الوديعة، أو لم يقر بالزوجية وأقر بالوديعة، أو أنكر الأمرين جميعـًا، فأقامت المرأة شاهدين على ذلك، فإنه لا يقضىٰ عليه بشيء.

ولو كان الزوج غائباً ليس له مال حاضر، فإن القاضي لا يأمرها بالاستدانة عندنا، وعند زفر: يأمرها بالاستدانة.

---

(١) في م (الوديعة).

وأجمعوا: أنه إذا كان حاضراً / وهو معسر فإنه يأمرها بالاستدانة. [٢٥٠-ب]

الرجل إذا طلق امرأته ثلاثاً أو بائناً، فامتدت عدتها إلى سنتين ثم ولدت لأكثر من سنتين، وقد كان الزوج أعطاها النفقة إلى وقت الولادة فإنه يحكم بانقضاء عدتها قبل الولادة لستة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد، ويسترد نفقة ستة أشهر قبل الولادة، وعند أبي يوسف: لا يسترد من النفقة شيئاً.

وكذلك الرجل إذا طلق امرأته في حالة المرض وامتد مرضه إلى سنتين، وامتدت عدتها إلى سنتين، ثم ولدت المرأة بعد الموت بشهر، وقد كان أعطاها النفقة إلى وقت الولادة، فإنها لا ترث ويسترد منها نفقة ستة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: ترث ولا يسترد من النفقة شيء[1].

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٣١٩؛ البدائع ٥/ ٢٢٠٣.

بَابُ الحَضَانَة[1]

قال رضي الله تعالىٰ عنه: أصل الباب قوله تعالىٰ: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦۚ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

[الأَوْلىٰ بالحَضَانَةِ]

المرأة إذا بانت من زوجها بوجه من الوجوه، ولها ولد صغير منه، فهي أَوْلىٰ[2] بالحضانة من غيرها[3]، ولكن نفقته على الأب إن كان حيًّا، وإن كان ميتًا فعلىٰ ذوي أرحام الولد على قدر المواريث، كما ذكرنا في نفقة ذي الرَحِم المَحْرَم، (فإن كانت الأم ترضعه بالأجر، والأجنبية أيضًا بالأجر، أو الأم ترضعه بغير أجر، والأجنبية

---

(١) (الحضانة لغة: تربية الولد، من حَضَنَ الطائر بيضه إلى نفسه تحت طباق.

وشرعـاً: معاقدة على حفظ من لا يستقل بحفظ نفسه من نحو طفل، وعلى تربيته وتعهده). التوقيف (حضن).

والحاضنة: المرأة تُوكل بالصبي، فترفعه وتُربيه). المغرب (حضن).

(٢) في م (أحق).

(٣) (والأصل فيه قول الله تعالىٰ: ﴿وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ﴾، ثم قال: ﴿وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، فأوجب على الزوج لهن النفقة، وجعلهن أولىٰ بإمساكهم منه، وقال الله تعالىٰ في آية أخرىٰ: ﴿فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (أنت أحق به ما لم تتزوجي)، [(أخرجه أبو داود، وعبد الرزاق، والدارقطني، وصححه الحاكم)، كما في الدراية ٢/ ٨١]، يعني: بالولد الصغير.

ومن جهة النظر: أن أحداً لا يستحق الولاية على الصغير فيما يضر الصغير، ومن ثَمَّ فالأحوط للصغير، والأنفع له أن يكون عند الأم؛ لأنها أحنىٰ عليه، وأرفق به). انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٣٢١، ٣٢٢.

ترضعه بغير أجر، فالأم أولىٰ)[١]، وإن كانت الأم ترضعه بأجر، والأجنبية ترضعه بغير أجر، أو الأم ترضعه بأجر كبير، والأجنبية ترضعه بأجر قليل، فالأجنبية أولىٰ، ولكن ترضعه عند الأم، ولا يفرق بينهما؛ لأن الأم أعطف من الأجنبية وأَرْأَفُ.

ولو كان هذا في عِدَّةٍ من طلاقٍ رجعي، أو كان في صلب النكاح، فلا يجوز استئجاره إياها على الرضاع، وإن أبت أن ترضعه، فلا تكره عليه، وإن أرضعته بغير أجر، وإلا فالأجنبية ترضعه عندها بأجرة.

[أَحَقُّ النَّاسِ بِالحَضَانَةِ]

أحق الناس بالحضانة: الأم، ثم أم الأم وإن علت، ثم أم الأب وإن علت، ثم الأخت لأب وأم، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب في رواية كتاب النكاح، وفي رواية كتاب الطلاق: الخالة أولىٰ من الأخت لأب، وهكذا ذكر الطحاوي[٢]، ثم بنت الأخت لأب وأم أولىٰ من الخالة، وكذلك بنت الأخت لأم.

وأما بنت الأخت لأب، فلم تذكر، وينبغي أن تكون الخالة أولىٰ؛ لأن في الخالة مع الأخت لأب روايتين، فابنة الأخت لأب أبعد، فكان فيها اتفاق[٣]: أن الخالة أولىٰ.

ثم الخالة لأب وأم، ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب، والخالة (أولىٰ) من بنت الأخ؛ لأن بنت الأخ تدلي بقرابة (الذكر، والخالة تدلي بقرابة)[٤] الأم، وفي باب الحضانة: كل من كان من قِبَلِ النساء فهو أولىٰ.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٦٦. وقد قال النبي صلىٰ الله عليه وسلم في قضية ابنة حمزة رضي الله عنه: (ادفعوها إلى خالتها، فإن الخالة بمنزلة الأم)، البخاري (٢٦٩٩).

(٣) في م (الاتفاق؛ لأن الخالة أولىٰ).

(٤) ما بين القوسين ساقطة من م.

وابنة الأخ أولىٰ من العمات؛ لأن العمة تدلي بقرابة الذكر، فكانت ابنة الأخ أولىٰ من العمة لأب وأم، ثم العمة لأم، ثم العمة لأب، وكل من كانت قرابتها من قِبَلِ الأم فهي أولىٰ ممن كانت قرابتها من قبل الأب، ثم الأم.

[الأَوْلَىٰ فِي حَالِ الاِسْتِغْنَاءِ]

والجَدَّتَان أولىٰ بالغلام إلى أن يأكل وحده، ويشرب وحده، ويلبس وحده، وبالجارية أولىٰ إلى أن تحيض، وأما غير الأم والجدتين، فإلى أن يأكل وحده في الغلام والجارية جميعًا، وروي عن محمد في نوادر هشام: أن الجارية تكون عند الأم والجدتين إلى أن تبلغ حَدّ الشهوة.

وإذا استغنىٰ الغلام والجارية على ما ذكرنا، فالعَصَبات[1] أولىٰ بالإمساك: الأب[2]، ثم الجد وإن علا، ثم الأخ لأب وأم، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ لأب وأم، ثم ابن الأخ لأب، ثم العم لأب وأم، ثم العم لأب، ثم ابن العم لأب وأم، ثم ابن العم لأب، إن كان هذا [الوَلَد ذَكَرًا][3]، وإن كانت / أنثىٰ، فلا تسلم إليه؛ لأنه [٢٥٢/ب] يجوز المناكحة بينهما[4].

وكذلك ترتقي[5] درجة فدرجة، فكل من كانت قرابته من قِبَلِ الأب، فهو أولىٰ من الذي قرابته من قِبَلِ الأم، يمسكه هؤلاء إن كان غلامًا إلى أن يدرك، فبعد ذلك ينظر: إن كان قد اجتمع رأيه وهو مأمون على نفسه، (يخلىٰ سبيله)، فيذهب حيث

(١) (العَصَبةُ: من عَصَب القوم بالرجل: أحاطوا به لقتال أو حماية؛ فلهذا اختص الذكور بهذا الاسم، إذاً فالعَصَبةُ: هم القرابة الذكور الذين يُدْلون بالذكور). انظر: المصباح (عصب).

(٢) في حالة الاستغناء (من الحضانة، فالأب أحق بالغلام والجارية بغير تخيير في ذلك للغلام ولا للجارية)، مختصر الطحاوي ص٢٢٧.

(٣) في أ (الصبي ولد) والمثبت من م.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٢٦.

(٥) في م (من بقي درجة).

شاء، وإن كان غير مأمون على نفسه، فالأب يضمُّه[١] إليه، ويؤدبه ولا نفقة عليه إلا إذا تطوع، وإن كانت أنثىٰ ينظر: إن كانت بكرًا، فلا يخلىٰ سبيلها وإن كانت مأمونة على نفسها؛ لأن رغائب الناس تختلف، وإن كانت ثيبًا، فإن كانت غير مأمونة على نفسها، فكذلك، وإن كانت مأمونة [عليها]، فإنه يخلىٰ سبيلها، [فتنزل][٢] حيث أحبت، وإن كانوا الإخوة والأعمام غير مأمونين على نفسها ومالها، فلا تُسَلَّمُ إليهم، والقاضي ينظر امرأة من المستأمنين[٣]: ثقة، عدلة، أمينة، فتسلم إليها، إلا أن تكون هذه المرأة قد اجتمع رأيها وعقلها ودخلت في السن، فإنها [تنزل][٤] حيث أحبت وإن كانت بكرًا.

ولو كانوا ثلاثة إخوة، كلهم على درجة واحدة، وثلاثة أعمام، كلهم على درجة واحدة، فأفضلهم صلاحًا وورعًا أولىٰ، ولو كانوا في ذلك سواء، فأكبرهم سنًّا أولىٰ بالإمساك.

أم الولد إذا أعتقها سيدها، [فهي أولىٰ بالحضانة إذا كان لها من ولد، ولو أن الأمة أو المدبرة أعتقهما سيدهما، ولهما][٥](ولد من غير سيدها، فليست هي أولىٰ بالحضانة؛ لأنه ملك السيد)[٦]، يفعل به ما شاء.

والكافرة والمسلمة في حق الحضانة سواء، أُمًّا كانت أو غيرها من الأقرباء، هذا كله إذا لم تتزوج بزوج آخر[٧].

---

(١) في م (إلى نفسه).
(٢) في أ (فتترك) والمثبت من ج، م.
(٣) في م (المسلمين)، والغرض هنا من المسلمين: المستأمنين، وليس المستأمن من الكفار، كما دل عليه السياق: (ثقة، عدلة).
(٤) في أ (فتترك) والمثبت من ج، م.
(٥) الزيادة من م.
(٦) ما بين القوسين ساقطة من م.
(٧) لما روي: أن عمر بن الخطاب، خاصم أم عاصم في عاصم إلى أبي بكر، فقال أبو بكر: (هو لها ما لم تتزوّج، أو يكبر فيختار نفسه)، وقال: (هي أعطف عليه، وأحْنىٰ، وأرحم)، البيهقي في السنن الكبرىٰ ٥/ ٨؛ انظر: التخليص الحبير ٤/ ١١.

[الحَضَانَةُ فِي حَالِ زَوَاجِ الأُمِّ بزَوْجٍ آخَرَ]

ولو [أنها] تزوجت بزوج آخر، فإنه ينظر: إن كان ذلك الزوج ذا رَحِم مَحْرَم من هذا الولد، فلا ينتزع من يدها، وإن كان غير ذي رحم محرم منه، فإنه ينتزع الولد من يدها، ويُسَلَّمُ إلى من هي أقرب منها.

الأصل: أنه متىٰ وقع الفراق بين الزوجين، إما من جانب المرأة، أو من جانب الرجل، بسبب مباح أو بسبب محظور، فهي أولىٰ بالحضانة، إلا في فصلين: أحدهما: إذا ارتدت المرأة، ينزع الولد من يدها ويسلم إلى من هي أقرب، ثم إذا بانت وأسلمت، يسلم إليها، أو تزوجت بزوج آخر وهو غير ذي رحم محرم من هذا الولد، فينتزع من يدها[١]، ثم إذا بانت من زوجها، يرد عليها[٢].

[المُطَلَّقَةُ أَرَادَت نَقْلَ وَلَدِهَا إلى بَلَدٍ آخَر]

قال: (**وإن أرادت المطلقة أن تنقل ولدها إلى بلد آخر سِوىٰ البلد الذي طلقت فيه**)[٣]، هل لها ذلك أم لا؟ ففي بعضها: لها أن تنقل، وفي بعضها: ليس لها ذلك.

وبيانه: رجل تزوج كوفية بالكوفة، ثم نقلها إلى الشام، فولدت أولادًا، ثم وقعت الفرقة بينهما وانقضت عدتها، فأرادت أن تنقل أولادها إلى الكوفة، لها ذلك؛ لأن أصل النكاح وقع بالكوفة، وهي لم ترض بغربة أولادها.

ولو تزوج كوفية بالشام، ثمَّ نقلها إلى البصرة، والمسألة بحالها، فأرادت إن تنقل أولادها إلى الكوفة، ليس لها ذلك؛ لأن العقد لم يقع هناك، وليس لها أن

---

(١) وأوجز الجصاص كلام الطحاوي في ذلك بقوله: (ومن تزوّجت من هؤلاء، فلا حق لها في الحضانة، وكانت بمنزلة الميتة)، شرح المختصر ٥/ ٣٢٦.

(٢) في م (يسلم إليها).

(٣) مختصر الطحاوي ص ٢٢٧؛ (وذلك لأن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال لأم الصغير حين خاصمت زوجها: (أنت أحق به ما لم تتزوَّجي).

تنقل أولادها إلى الشام أيضًا؛ لأن في ذلك ضياع الأولاد؛ لأن ذلك ليس بمصرها، ولا مصر الزوج، هذا في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: لها أن تنقل إلى الشام، إلى هذا أشار في الجامع الصغير، فقال: إنما أنظر في هذا إلى عقدة النكاح أين وقعت[١]، وكذلك ذكرها هنا الطحاوي[٢].

ولو وقع أصل النكاح في الرُّسْتَاق[٣] وله قرىً متفرقة، فأرادت أن تنقل من قرية إلى قرية، نُظر: إن كانت قريبة بعضها من بعض، يمكن للولي أن يزورها ثم يرجع إلى أهله من يومه ذلك ويبيت في أهله، كان لها ذلك، وإلا فلا، وكذلك / [٢٥٣/أ] إذا أرادت أن تنتقل إلى المصر.

ولو أرادت أن تنتقل من المصر إلى الرستاق، ليس لها ذلك وإن كان قريبًا، إلا إذا وقع أَصْل النكاح هناك، فحينئذٍ لها ذلك.

ولو أرادت أن تنتقل من دار الإسلام إلى دار الحرب، فليس لها ذلك، وإن كان أصل النكاح وقع هناك وكانت حربيّه، بعد أن يكون زوجها مسلمًا أو ذِميًا كان، أو كلاهما حربيين[٤] فلها ذلك. والله أعلم.

---

(١) وقد اعتبر الطحاوي وغيره بموضع عقدة النكاح، أين وقعت؟.

إلاّ أن الجصاص في شرحه، ردّ على هذا الاعتبار: (هذا الإطلاق في اعتبار عقدة النكاح غير صحيح)، واعتبر ما ورد من إطلاق محمد في (الجامع الصغير) مشكلاً، ثم قال: (والصحيح من قولهم: ما ذكره محمد في كتاب الطلاق، وهو: أنه ليس لها أن تُخرجهم من البلد الذي طلقها فيه، إلّا إلى بلدها إذا كانت عقدة النكاح فيه، وليس لها أن تخرجهم إلى بلد غير بلدها، وإن وقعت فيه عقدة النكاح، ولا إلى بلدها إذا لم تقع فيه عقدة النكاح)، شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٣٢٩.

(٢) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الشهيد) ص ٣٣٨.

(٣) (الرُّستاق مُعَرّب ويستعمل في الناحية التي في طرف الإقليم، والرُّزْدَاقُ مثله). المصباح (رستق).

(٤) في م (ذميين).

بَابُ نَفَقَة [المَمَالِيْكِ](١) والبَهَائِم

قال: روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (**الصلاة وما ملكت أيمانكم**)(٢)، قالها ثلاث مرات، وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: (**أطعموهم ما تطعمون، وألبسوهم ما تلبسون، ولا تكلفوهم ما لا يطيقون، ولا تعذبوا عباد الله**)(٣).

[من يجبر في النفقة على مماليكه]

الأصل بعد هذا: أن كل من كان مملوك المنافع والمكاسب، فإنه يجبر [مالكه] على نفقته، ومن كان غير مملوك المنافع فإنه لا يجبر على نفقته(٤).

رجل له عبد، أو أَمَة، أو مدبرة، أو أم ولد، فإنه يجبر على نفقتهم، فإن أبىٰ ذلك، ففي كل من يصلح للإجارة، فإنه يؤاجره وينفق عليه من أجرته، وكل من لا يصلح لذلك، ففي العبد والأمة يجبر على الإنفاق، أو يبيع القاضي إذا رأىٰ ذلك، وفي المدَّبَرِة وأم الولد، يجبر على الإنفاق، غير أنه لا يمكن البيع، وأما المكاتب فإنه لا يجبر على نفقته؛ لأنه غير مملوك المكاسب والمنافع.

---

(١) في نسخ الشرح بلفظ (المملوك)، والمثبت من المختصر وشرح الجصاص ٥/ ٣٣٢.

(٢) أخرجه النسائي في الكبرىٰ (٧٠٩٧)؛ وابن ماجه (١٦٢٥)؛ والطبراني في الكبير ٢٣/ ٣٠٦؛ والمقدسي في الأحاديث المختارة (٢٤٢٤).

(٣) أخرجه البخاري بالإفراد (٣٠)؛ ومسلم بالجمع (١٦٦١) ما عدا الجملة الأخيرة.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٢٧، ٢٢٨.

[الإجبار في النفقة على الحيوانات]

وأما سائر الحيوانات فإنه لا يجبر على نفقته في ظاهر الرواية، ولكنه يفتىٰ فيما بينه وبين الله تعالىٰ أن ينفق عليه، وروي عن أبي يوسف أنه قال: يجبر على نفقته[١]؛ لأن في ذلك تعذيب للحيوان من غير فائدة، ونهىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم عن ذلك[٢]، وأما في غير الحيوانات كالدور والعقار، لا يجبر على نفقته، ولا يفتىٰ أيضًا، إلا إذا كان هناك تضييع المال[٣]، فحينئذٍ يكره له ذلك. والله أعلم.

(١) بل نقل الطحاوي عنه: (أنه يجبر أرباب البهائم على النفقة عليها، أو على بيعها)، وهو اختيار الطحاوي ص ٢٢٨.

(٢) بما روي عنه صلى الله عليه وسلم، أنه (نهىٰ عن تعذيب البهائم، وأن يتخذ شيء من الروح غَرَضًا)، أخرجه مسلم (١٩٥٧).

(٣) لما روي في ذلك: (نهىٰ النبي صلىٰ الله عليه وسلم عن إضاعة المال)، أخرجه مسلم (١٧١٥).

بَابُ الزَّوْجَيْنِ يَخْتَلِفَانِ فِي مَتَاعِ البَيْتِ

الأصل: أنَّ اليَدَ على ضربين: يَدٌ حَقِيْقِيّة، ويَدٌ حُكْمِيَّة، فاليد الحقيقية: العبرة فيها بمجرد اليد، واليد الحكمية: العبرة فيها للأقوىٰ.

[استحقاق متاع البيت في حال اختلاف الزوجين]

ثم يد الزوجين هاهنا في متاع البيت يد حكمية.

إذا اختلف الزوجان في متاع البيت، فقد روىٰ ابن سماعة عن محمد ابن الحسن أنه قال: في هذه المسألة سبعة أقاويل من سبعة من الفقهاء، كل واحد منهم يؤخذ بقوله:

قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ: ما كان يصلح للرجال فهو للرجل، وما كان يصلح للنساء فهو للمرأة، وما كان مُشْكِلاً فهو للرجل في حالة حياته، وللباقي منهما بعد الوفاة[١].

وفي قول ابي يوسف: للمرأة مقدار جهاز مثلها، والباقي للزوج في حال الحياة والوفاة جميعًا.

---

(١) وأيّد الجصاص قول الإمام فقال: (الأصل في ذلك: أن للرجل يداً في المنزل، وكذلك المرأة ...، وإذا كان كذلك، اعتبرنا أظهر اليدين تصرفًا، وآكدهما حالاً، فقلنا: ما كان للرجال فهو للرجل؛ لأن الظاهر أنه هو المتصرف فيه دون المرأة، وما كان للنساء فهو للمرأة؛ لأن الظاهر أنها هي المتصرفة فيه).

وذكر فيما يشترك الزوجان للرجل، مثل: قِربة السِّقاء، فقال: (وإنما جعل ما كان للرجال والنساء، للرجل خاصة، من قِبَل أنهما لمّا تساويا في ظهور يدهما في الشيء المُدَّعىٰ، ثم كان المنزل للرجل، وجب أن يكون أولىٰ به؛ لأنه آكدهما يداً)، شرح المختصر ٥/ ٣٣٥، ٣٣٧.

وفي قول محمد: ما يكون صالحًا للرجال فهو للرجل، وما يصلح للنساء فهو للمرأة، وما كان مشكلًا فهو للرجل، أو لورثته بعد الموت والطلاق جميعًا.

وفي قول زفر: ما كان يصلح للرجال فهو للزوج، وما كان يصلح للنساء فهو للمرأة، وما كان مشكلاً فهو بينهما نصفان.

وفي قول: هو كله بينهما نصفان، وهو قول الشافعي(١)، وأحد قولي زفر.

وفي قول ابن أبي ليلىٰ: كله للزوج، وللمرأة ثياب بدنها.

وفي قول الحسن البصري: كله للمرأة، وللرجل ثياب جسده.

ومعنىٰ قولنا: إنه للرجل أو للمرأة، أي: يجعل في يده حتى يكون القول قوله مع يمينه، وعلى الآخر البينة، هذا كله إذا كانا حُرَّين، أو مملوكين(٢)، أو مكاتبين.

ولو كان أحدهما حرًّا، والآخر مملوكًا، أو مكاتبًا، فمتاع البيت للحر منهما في قول أبي حنيفة، / وعندهما: إن كان المملوك محجورًا فكذلك، وإن مأذونًا أو مكاتبًا، فهما كالحرين. [٢٥٣/ ب]

ولو كان الزوج حرًّا والمرأة مكاتبة، أو أمة، أو مدبرة، أو أم ولد، وقد أعتقت بعد ذلك، وقد اختلفا في متاع البيت، فما أحدثا قبل العتاق فهو للرجل، وما أحدثا بعد العتاق، فهما كالحرين، ولو كان الزوج مسلمًا والمرأة كتابية، فهما كالمسلمين.

ولو أقرت المرأة فقالت: إن هذا المتاع اشتراه لي زوجي، فلا كلام لها بعد ذلك، ولو كان البيت ملكًا لأحدهما واختلفا في المتاع، فلا يختلف الجواب(٣).

---

(١) انظر: مختصر المزني ص٣١٨.

(٢) في م (أو كلاهما مملوكين، أو كلاهما مكاتبين).

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٢٣٨ - ٢٣٩.

[متاع البيت إن كان للزوج أكثر من زوجة]

ولو كان للزوج أربع نسوة، نظر: إن كُنَّ في بيت واحد، فمتاع البيت الذي يصلح للنساء بينهن أرباعًا، وإن كنّ في بيوت مختلفة، كل واحدة تسكن بيتًا على حدة، فمتاع كل بيت بعينه بينه وبين المرأة التي تسكن فيه.

ولو أن رجلاً طلق امرأته في حال حياته ثلاثًا، أو طلاقًا بائنًا، ثم مات الزوج، فالمشكل لورثة الزوج، ولو طَلَّقَها بائنًا أو ثلاثًا في مرضه ثم مات بعد انقضاء العدة، فلا كلام لها في المشكل[١]؛ لما ذكرنا: أن المشكل للزوج في الطلاق، فإن مات الزوج بعد الطلاق، كان لوارثه، وإن مات قبل انقضاء العدة، فالمشكل للمرأة؛ لأن الحق ثابت لها ما دامت في العدة، كالميراث ثابت لها، فصار كَأَنَّ الزوج مات وبقيت المرأة، فيكون لها في قول أبي حنيفة، وأما غير المشكل، فعلىٰ ما ذكرنا من الاختلاف. [والله أعلم][٢].

---

(١) في م (في النكاح).

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٣٣٥ وما بعدها.

كِتَابُ القِصَاصِ(١) والدِّيَاتِ(٢)

جناية الغير على الغير لا تخلو: إما أن يكون الجاني من أهل العقوبة، أو لم يكن من أهل العقوبة، كالصبي والمجنون.

[الجاني ليس من أهل العقوبة]

أما إذا كان ليس(٣) من أهل العقوبة، فلا يخلو: إما أن يكون من بني آدم، أو في الأموال، فإن كانت في بني آدم، فلا يخلو: إما أن يكون في النفس، أو فيما دون النفس، عمدًا كان أو خطأً، في الأحرار أو في العبيد، في الإناث أو في الذكور.

وأما إذا كان في بني آدم، فعمده وخطؤه سواء؛ لأن العمد: ما بان(٤) من غيره إلا بالقصد الصحيح، والصبي والمجنون ليس لهما قصد صحيح(٥).

---

(١) القصاص من (قَصَصْتُ الأثر: تَتَبَّعْتُه، وقاصصته مُقاصَّة وقِصاصاً: إذا كان لك عليه دينٌ مثل ماله عليك، فجعلت الدين في مقابلة الدين، مأخوذ من اقتصاص الأثر، ثم غُلِّب استعمال القصاص في قتل القاتل، وجرح الجارح، وقطع القاطع)، كما قال الفيومي في المصباح (قصص).

وقال المطرزي: (القِصاص: هو مُقاصَّة ولي المقتول القاتل، والمجروح الجارح، وهي مساواته إياه في قتل أو جرح، ثم عَمّ في كل مساواة)، المغرب (قصص).

والمقصود بالقصاص هنا: هي معاقبة الجاني بمثل جنايته، أي: المماثلة بين العقوبة والجناية.

(٢) (والدِّيَة: مصدر وَدَىٰ القاتل المقتول: إذا أعطىٰ وليّه المال الذي هو بدل النفس، ثم قيل لذلك المال: الدية، تسمية بالمصدر). أنيس الفقهاء ص٢٩٢.

(٣) في م (أما إذا كان الجاني صبيًّا أو مجنونًا). (٤) في م (ما فارق غيره).

(٥) وقال الطحاوي: (وإذا جنىٰ الصبي الذي لم يبلغ، أو المجنون في حال جنونه، على رجل =

[الجِنَايَةُ فِي النَّفْسِ ودِيَةُ المَجْنِي عَلَيْه]

وإن كان في النفس تجب الدية على العاقلة في ثلاث سنين[١]، في كل سنة ثُلُث الدية[٢]: ثلاثمائة وثلاث وثلاثون وثلث، وإن كان المقتول امرأة، تجب خمسمائة[٣]؛ لأن دية المرأة على النصف من دية الرجل، فتؤخذ في ثلاث سنين، هذا في الأحرار.

وإن كانت في العبيد والإماء، تجب قيمتهما بالغة ما بلغت، إلا إذا زادت على عشرة آلاف، فحينئذٍ ينقص من العبيد من عشرة آلاف عشرة دراهم، وكذلك في الأمة، ينقص من خمسة آلاف عشرة دراهم، في ظاهر الراوية، وروىٰ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال: ينقص من خمسة آلاف خمسة دراهم، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف والشافعي: تجب قيمته بالغة ما بلغت[٤]، إلاّ أن على قول الشافعي: تجب في ماله، وعن أبي يوسف ثلاث روايات: في رواية: تجب في ماله، وفي رواية أخرىٰ: تجب قدر عشرة آلاف درهم على العاقلة، والزيادة تجب عليه في ماله، وروي عنه أيضًا: إنما تجب على العاقلة بالغة ما بلغت، هذا إذا كانت الجناية في بني آدم في النفس.

= فقتله، كانت ديته على عاقلته؛ لأنه لا عمد له)، ص٢٢٩؛ (وذلك لأن قصد الصبي لا حُكم له، فصار عمده وخطؤه سواء)، شرح المختصر ٥/ ٣٤١.

(١) (الأصل فيه: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قضىٰ بالدية على العاقلة في ثلاث سنين، بحضرة الصحابة من غير نكير من واحد منهم عليه [أحكام القرآن ٢/ ٢٢٥؛ مصنف عبد الرزاق ٩/ ٤٢٠؛ السنن الكبرىٰ للبيهقي ٨/ ١٠٩]، ولا مخالف له، فصار ذلك أصلاً يجب الرجوع إليه، كسائر العقود التي عقدها لكافة أهل الإسلام بحضرة الصحابة، فلم يختلف عليه منهم أحد، فصارت أصولاً لا يسع خلافها)، شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٣٤٣.

(٢) في م هنا زيادة (ثلاثة آلاف).

(٣) في م (خمسة آلاف) والمثبت هو الصحيح؛ لأن نصف الألف خمسمائة.

(٤) انظر: مختصر المزني ص٢٣٨؛ رحمة الأمة ص ٢٢١.

[الجِنَايَةُ فِيمَا دُوْنَ النَّفْسِ وَقَدْرُ الدِيَةِ]

وإن كانت الجناية فيما دون النفس، إن كانت في الحُرِّ ولم تبلغ نصف عُشْرِ الدِيَةِ في الرجل وهو خمسمائة، وفي المرأة مائتان وخمسون، تجب في ماله حَالاً، فإن بلغ نصف عشر الدية، فحينئذٍ تجب على العاقلة، وتؤخذ / في سنة، ما لم [٢٥٢/أ] تجاوز الثلث، فإذا جاوز الثلثَ تؤخذ في السنة الثانية ما لم تجاوز الثلثين، فإذا جاوز الثلثين، تؤخذ في السنة الثالثة، هذا في الأحرار والحرائر، وإن كان في العبيد والإماء، ففيما دون النفس تجب في ماله، ولا تجب على العاقلة، هذا كله إذا كانت الجناية في بني آدم.

وأما إذا كانت [الجناية] في الأموال، تجب في ماله بالغة ما بلغت؛ لأن الصَّبيَّ مأخوذ بضمان المال بأفعاله، وإن كان الجاني من أهل العقوبة كالبالغ العاقل، إن كانت في المال، تؤخذ في الحال، الحر والعبد والأمة في ذلك سواء، ولا تجب على العاقلة، إلا أن في العبد يباع فيه، أو يقضي السيد[1].

[القِصَاصُ فِي جِنَايةِ العَمْدِ]

وإن كانت في بني آدم، إن كان في النَفْس وكان عَمْدًا، يجب القصاص، سواء كان المقتول صغيرًا أو كبيرًا، رجلاً كان أو امرأة، حرًا كان أو عبدًا، صحيحًا كان أو مريضًا؛ لأن المماثلة في النفس غير معتبرة، ألا ترىٰ أن الرجل لو قتل رجلاً مقطوع اليدين، أو الرِّجْلِيْن، أو الأُذُنَيْن، أو المَذَاكِير، ومَفْقُوء العينين، فإنه يجب القصاص، كذلك هاهنا.

وسواء كان المقتول مسلمًا أو ذِميًّا، وأما الحربي المستأمن، فإنه يقتل

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٢٩.

بالمسلم، ولا يقتل المسلم به في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف: أنه يقتل بالمستأمن كالذمي، وهذا كله عندنا، وعند الشافعي: لا يقتل الحرّ بالعبد، ولا المسلم بالذمي ولا بالكافر، هذا إذا كان القتل عمدًا[١].

وأما إذا كان القتل خطأً، فإن الدية تجب على العاقلة، كما ذكرنا في الصبي، إلا في العبد، فإن مولاه يُخَيَّرُ بين الدفع والفِداء.

وإن كانت الجناية فيما دون النفس، فإن المماثلة فيها معتبرة، والمماثلة تعتبر في الأرش والمحَلّ جميعًا، فيجري القصاص بين الرجل والرجل الحرين إذا [وجد][٢] التساوي في المحل؛ لأن أرشهما على السواء، وتجري بين المرأة والمرأة الحرتين؛ لأن أرشهما على السواء، ولا تجري بين المرأة والرجل؛ لأنه وإن وجدت المساواة بينهما في المحل، لكن لم توجد في الأرش، ولا تجري بين الحر والعبد، ولا بين العبيد[٣]؛ لاختلاف أروشهم؛ لأن أروشهم قيمتهم، وذلك يختلف باختلاف المُقَوِّمِين، فيجب نقصان قيمته[٤].

[الجناية على العبيد فيما دون النفس]

ثم الجناية على العبد فيما دون النفس، لا تخلو: إما أن تكون مستهلكة، أو غير مستهلكة، فكل جناية لو حصلت في الحر أوجبت كمال الدية، فإذا حصل ذلك في العبد، فذلك مستهلك، كفقئ العينين، وقطع اليدين، والرجلين، والذكر، وقطع يد ورِجْل من جانب واحد، وأما في قطع الأذنين، وحلق

---

(١) انظر: مختصر المزني ص٢٣٧؛ المنهاج ص٤٧١؛ رحمة الأمة ص٢١٣.

(٢) في أ (وصل) والمثبت من م.

(٣) في م (العبدين).

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٣٠.

الحاجبين إذا لم تنبت، ففيه روايتان: في رواية: جعله مستهلكًا، وفي رواية: لم يجعله مستهلكًا، فكل جناية لو حصلت في الحر لا توجب كمال الدية، كقطع يد واحدة، أو رِجْل واحدة، أو قطع يَدٍ ورِجْل من خلاف، فتلك الجناية غير مستهلكة.

والأصل: أن كل جناية لو حصلت في الحر لها أرش مقدر كالمُوْضِحَة: ففيها خمسمائة، وذلك نصف عشر الدية، فإذا حصل ذلك في العبد، يجب نصف عشر قيمته، إلاَّ إذا بلغت خمسمائة، فينقص نصف درهم، وتجب في ماله حَالاً، فإن كانت يدًا واحدةً، أو عينًا واحدةً، تجب نصف القيمة، إلا إذا بلغ نصف القيمة خمسمائة آلاف، فحينئذٍ ينقص منه خمسة دراهم.

وذكر أبو يوسف في كتاب الوكالة: أنه يجب نصف قيمته بالغًا ما بلغ، إلا إذا جاوز عشرة آلاف، فحينئذٍ ينقص أحد عشر درهمًا، وإن لم يكن له أرش مقدر، يجب نقصان قيمته./ وفي قطع أذن واحدة، وحاجب واحد روايتان: فعلىٰ الرواية [٢٥٢/ب] التي جعله مستهلكًا: يجب نصف قيمته، وعلى الرواية التي جعله غير مستهلك: يجب نقصان قيمته، وبه أخذ الطحاوي[1].

وأما إذا كانت الجناية مستهلكة، فعلىٰ قول أبي حنيفة: المولىٰ بالخيار: إن شاء حبس العبد لنفسه، ولا يرجع بشيء، وإن شاء سَلَّمَ إلى الجاني ورجع بقيمته، وقال أبو يوسف ومحمد: إن شاء سَلَّمَه ورجع بالقيمة، وإن شاء حَبَسَ عبد نفسه ورجع بالنقصان.

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٣٠، ٢٣١.

[مَا لا تَعْقِلُ العَاقِلَةُ]

وروي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم أنه قال: (**لا تعقل العاقلة عمدًا، ولا عبدًا، ولا صلحًا، ولا اعترافًا**)(١).

معنىٰ قوله: (عمدًا): أن كل جناية صارت مالاً إما بالسقوط لشبهة، أو بعفو بعض الورثة، أو لما أنه لا يستطاع القصاص فيه، فإنه يجب الأرش في ماله، ولا يجب على العاقلة.

وقوله: (عبدًا) يعني: إذا جنىٰ على العبد فيما دون النفس، لا تجب على العاقلة؛ لأنه يسلك فيه مسلك الأموال، والجناية في الأموال يجب على الجاني [ضمانها] دون غيره، وكذلك العبد إذا جنىٰ، يجب على مولاه الدَّفْع أو الفِدَاء، ولا يجب على العاقلة، وذلك غير مراد بالخبر.

وقوله: (ولا صلحـًا): إذا ادعىٰ على رجل قصاصـًا في النفس، أو ما دونها، أو خطأً، فصالح من ذلك على مال، فإنّ صلحه على نفسه جائز، ولا يجوز على غيره.

وقوله: (ولا اعترافًا)، أي: ولا إقراراً بجناية توجب المال، فيجب في ماله، ولا يجب على عاقلته(٢).

والأصل: أن كل دية وجبت لا عن صلح، تجب في ثلاث سنين، وما وجبت عن صلح، تجب حالاً إلا إذا اشترط التأجيل(٣).

---

(١) الحديث أخرجه البيهقي في الكبرىٰ موقوفـًا على ابن عباس، وزيد بن ثابت رضي الله تعالىٰ عنهما، ٨/ ١٠٤، ١٠٨؛ والدارقطني عن الشعبي ٣/ ١٧٨؛ وقال الزيلعي: (روىٰ هذا الحديث ابن عباس موقوفـًا عليه ومرفوعـًا، الموقوف تقدم من رواية محمد بن الحسن (٤/ ٣٧٩)، والمرفوع غريب). نصب الراية ٤/ ٣٩٩.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٣٣.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٣٤٨.

[قتل الجماعة بالواحد، والمماثلة فيما دون النفس]

قال: **(وتقتل الجماعة بالواحد، ويقتل الواحد بالجماعة**[1]**، ولا شيء لهم غير ذلك، ولا تقطع يدان بيد واحدة)**[2]؛ لأن المماثلة فيما دون النفس معتبرة، وتقطع يد واحدة بيدين.

بيانه: رجل قطع يميني رَجُلين عمدًا، فإن ادَّعَىٰ أحدهما أولاً، فإن القاضي يقطع يده بيده، ويقضي للثاني بنصف الدية في ماله خمسة آلاف درهم، وإن رفعا إلى القاضي معًا، فإن القاضي يقضي بيد بينهما، ويقضي بدية يد واحدة بينهما، فإن استوفىٰ أحدهما نصيبه من الدية، أو أخذ به رهنًا، أو عفا عن القصاص، انقلب نصيب الآخر مالاً، وليس له حق الاقتصاص، وله خمسة آلاف درهم، [و]إن لم يستوف ولا أخذ [به] رهنًا ولكن أخذ به كفيلاً أو لم يأخذ [به] كفيلاً حتى عفا، سقط حقه، وللآخر حق الاقتصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: ليس له حق الاقتصاص، ولكن له خمسة آلاف درهم، ولو عفا أحدهما قبل قضاء القاضي، فللآخر أن يقتصَّ بالإجماع[3].

---

(١) (وروي عن عمر: (أنه قتل جماعة بواحد من أهل اليمين، وقال: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به) [البيهقي في الكبرىٰ ٨/ ٤١]، وذلك بحضرة الصحابة من غير خلاف ظهر من أحد منهم عليه، فصار إجماعًا.

وأيضًا قال الله تعالىٰ: ﴿مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢]، فجعل قاتل الواحد، كقاتل جماعة، فإذا اشترك جماعة في قتل رجل، فصاروا كلهم في حكم من قتلوا الناس جميعًا، فيقتلون كلهم)، شرح المختصر ٥/ ٣٧٤، ٣٧٥.

(٢) مختصر الطحاوي ص ٢٣١.

(٣) انظر: شرح المختصر ٥/ ٣٧٩.

[القِصَاصُ بين الوَالِدِ وَوَلِدِه]

قال: (ولا قصاص بين والد وولده فيما جناه الوالد على الولد: في نفس، ولا فيما دونها، على حال من الأحوال، والواجب في ذلك الدية، لا ما سواها)[١].

الأب والجد وإن علا، إذا قتل الابنَ عمداً، فلا قصاص؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: (**لا يقاد والد بولده، ولا السيد بعبده**)[٢]، وتجب الدية في ماله؛ لأن هذا عمد[٣]، والعاقلة لا تعقل العمد؛ لأن القصاص يسقط للشبهة، وتجب الدية في ثلاث سنين؛ لأنها وجبت لا عن صلح، وكذلك الأم والجدة وإن علت.

وأما الابن إذا قتل الأبَ، أو الأمَّ، أو الجَدَّ، أو الجَدَّةَ وإن علا، فإنه يجب القصاص في النفس وفيما دونها إذا كان عمدًا، وإن كان خطأً تجب الدية على العاقلة على ما ذكرنا في قتل الأجنبي والجناية عليه[٤].

---

(١) مختصر الطحاوي ص٢٣١.

(٢) أخرجه الترمذي (١٤٠٠)؛ وابن ماجه (٢٦٦١)؛ والدارقطني في سننه ٣/ ١٤٠؛ وابن عبد البر في التمهيد ٢٣/ ٤٣٧: (ولا يقتل)؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٨/ ٣٩؛ وأحمد في المسند ١/ ٤٩ وغيرهما؛ وذكر الزيلعي أقوالاً للمحدثين في تضعيفه. انظر: نصب الراية ٤/ ٣٤١.

(٣) (ولقول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (أنت ومالك لأبيك) [أبو داود (٣٥٣٠)؛ وصحيح ابن حبان ٢/ ١٤٢؛ انظر: فتح الباري ٥/ ٢١١]، فأضافه إليه كما أضاف إليه ماله، وإطلاق هذه الإضافة، ينفي القَوَد، كما لم يُقْتَل المولىٰ بالعبد؛ لإضافته إليه بالملك ....

وأيضـاً، لا خلاف بين الفقهاء: في أنه لو حَذَفَه بسيفه فقتله، لم يُقْتَل به، فكذلك إذا ذبحه)، شرح المختصر ٥/ ٣٧٨.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٣١.

[اشْتِرَاكُ رَجُلَيْنِ فِي قَتْلِ رَجُلٍ]

ولو اشترك في قتل رجل رجلان: أحدهما ممن يجب القصاص عليه لو انفرد، والآخر ممن لا يجب / عليه القصاص لو انفرد[1]، كالأب والأجنبي، والخاطئ والعامد، أو قتل أحدهما بالسيف والآخر بالعصا، فلا يجب القصاص عليهما، ولكن تجب الدية، فالذي لا يجب عليه القصاص لو انفرد، تجب الدية على عاقلته كالخاطئ، والذمي يجب عليه القصاص لو انفرد، تجب الدية في ماله؛ لأن هذا عمد؛ لأن القصاص سقط للشبهة، فتجب الدية في ماله، والأب والأجنبي إذا اشتركا، تجب الدية في مالهما؛ لأن الأب لو انفرد كانت الدية تجب في ماله. [والله أعلم]. [٢٥٣/أ]

---

(١) عبارة المختصر: (وإذا اجتمع في الجناية مَن لو تفرّد بها وجب القصاص فيها، ومَن لو تفرد بها لم يلزمه القصاص، لم يكن عليهما فيها قصاص ...)، ص ٢٣١.

قال الجصاص: (والأصل فيه: أن النفس لمَّا لم تتبعض في الإتلاف، وكانت محظورة في الأصل، ثم اجتمع فيها سبب الإباحة: وهو قتل من يجب عليه القود، وسبب الحظر: وهو قتل مَن لا قَوَد عليه، كان سقوط القود؛ لوجود جهة الحظر، أولىٰ من وجوبه؛ لوجود جهة الإباحة، أعني: إباحة دم القاتل ...)، شرح المختصر ٥/ ٣٨١.

باب [كيفيّة][1] القتل والجِراحات

[أَوْجُهُ القَتْلِ وعُقُوْبَتُهُ]

القتل على ثلاثة أوجه: عمد، وخطأ، وشبه [عَمْدٍ][2].

[قتل العمد]

فالعمد: ما يتعمد قتله بالحديد بالسكين أو بالسيف، وما كان من الحديد سواء أكان له حد يبضع بَضْعًا[3]، أو ليس له حَدٌّ يرض رضًا، كالعمود وسَنْجَة الميزان وغير ذلك، أو طعن بالرمح، أو بالإبرة، أو بالإشناء، بعد أن يقع عليه اسم الحديد، سواء أكان الغالب فيه الهلاك، أو لم يكن[4]؛ لأن الحديد منصوص عليه، وهو قول النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (**لا قود إلا بالسيف**)[5]، وفي رواية أخرىٰ:

---

(١) في أ (جنايات) والمثبت من ج، م، وفي المختصر وشرحه (كيفيات).

(٢) مختصر الطحاوي ص ٢٣٢. وزاد أبو الليث: (وما يجري مجْرَىٰ الخطأ، والقتل تسببًا). خزانة الفقه ص٢٨٦، والزيادة تدخل ضمن أوجه الخطأ كما يأتي.

(٣) ومنه (بَضَع الجرح: شقّه) مختار الصحاح (بضع).

(٤) وعرف الطحاوي العمد: (فأما العمد: فهو ما تعمده بالسلاح، أو بما سواه مما يجرح، فقتله به، ففيه القود: وهو القصاص بالسيف لا بما سواه...)، المختصر ص٢٣٢؛ وعرفه القدوري: (ما تُعُمِّد ضربه بسلاح، أو ما أُجري مجرىٰ السلاح في تفريق الأجزاء، كالمحدد من الخشب، والحجر، والنار، وموجب ذلك المأثم والقود ...)، مختصر القدوري ص٤٤١.

(٥) الحديث رواه عدد من الصحابة رضي الله تعالىٰ عنهم مرفوعًا. أخرجه ابن ماجه في سننه، وابن حبان في صحيحه، والحاكم في المستدرك. (ورواه البزار في مسنده وقال: لا نعلم أحداً أسنده بأحسن من هذا الإسناد، ولا نعلم أحداً قال عن أبي بكر إلا الحر بن مالك، وكان لا يأمن به، وأحسبه أخطأ في هذا الحديث؛ لأن الناس، يروونه عن الحسن مرسلاً)، وقال ابن الجوزي في العلل المتناهية: (هذا حديث لا يصح ...)، ٢/ ٧٩٢. كما ذكر الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٤١.

(لا قود إلا بالسلاح)، وفي بعضها: (لا قود إلا بالحديد)، والمنصوص عليه لا يعتبر في المعنىٰ، وكذلك إذا كان من جنس الحديد مثل: الصُّفْر[١]، والرَّصاص، والذهب، والفضة، والنحاس، والآنك، سواء قتله بَضْعًا أو رَضًّا.

وما كان من غير جنس الحديد، إن عَمِل عَمَل الحديد فهو عمدٌ، وإلاّ فلا، كما إذا أحرقه بالنار فهو عمدٌ؛ لأنها تعمل عمل الحديد؛ لأنها تشق الجلد، وكذلك ما له حَدٌّ فيعمل عمل السيف، والزجاج، وليطة القصب، وحجر له حِدَّة مما يبضع بَضْعًا، أو يطعن بخشبة لها حِدَّةٌ مما يجرح، فهذا كله عمد؛ لأنه يعمل عمل الحديد[٢].

[قتل شِبْه العَمْد]

وأما شبه العمد: فهو أن يضرب بشيء الغالب فيه الهلاك، كمِدَقَّةِ[٣] القَصَّارين، والحَجَر الكبير، والعصا الكبيرة ونحوه، فإذا قتله به، فهو شِبْهُ العمد[٤] عند أبي حنيفة، وعندهما: هو عمد، وأما إذا تعمد قتله بعصا صغيرة، أو بحجر صغير، أو لطمة، وكل ما لا يكون الغالب فيه الهلاك كالسَّوْطِ والعصا ونحوه، فهذا شبه العمد بالإجماع، إلا إذا تابع الضرب حتى مات، فهذا شبه العمد عند أبي حنيفة[٥]، وعندهما: عمد.

---

(١) (الصُّفْرُ بالضم نُحاس يعمل منه الأواني) مختار الصحاح (صفر).

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٣٢.

(٣) (والمُدُقُّ بضم الميم والدال على غير قياس، وجاء كسر الميم وفتح الدال على القياس: هو ما يُدَقُّ به القماش وغيره، وقد أنث الثاني بالهاء فقيل: مِدَقَّة)، المصباح (دقق).

(٤) وعرفه الطحاوي: (وأما شبه العمد: فهو ما أريد وتُعمد، فأصيب به النفس بما لا قصاص فيه، مما مثله يقتل، ومما مثله لا يقتل ...)، المختصر ص٢٣٣؛ وعرّفه القدوري: (أن يَتَعَمَّد الضرب بما ليس بسلاح، ولا ما أجري مجرىٰ السلاح)، مختصر القدوري ص٤٤١.

(٥) (والحجة لقول أبي حنيفة: قوله صلىٰ الله عليه وسلم: (كل شيء خطأ إلّا السيف) [مسند أحمد ٤/ ٢٧٥؛ والبيهقي في الكبرىٰ ٨/ ٤٢؛ والدارقطني ٣/ ١٠٦؛ انظر: نصب الراية ٤/ ٣٣]).

[قتل الخطأ]

وأما قتل الخطأ: فهو أن يقصد مباحًا فيصيب محظورًا[١]، كما لو رمىٰ سهمًا إلى صيد فأصاب إنسانـًا، أو رمىٰ إلى حربي وقد أسلم وهو لا يعلم به، أو إلى مرتد أسلم وهو لا يعلم بإسلامه، أو رمىٰ إلى رجل فأصاب غيره، فهذا هو الخطأ.

وأما إذا قصد به عضوًا من شخص، فأصاب عضوًا آخر من ذلك الشخص، فهو عَمْدٌ، ولو رمى إلى رجل فأصاب غيره، قال الشيخ رحمه الله تعالىٰ: هو خطأ، وقال الشافعي: يكون عمدًا؛ لأن كلاهما محقون الدم[٢].

ولو كان نائمًا فانقلب على إنسان فمات، أو سقط من سطح على إنسان فقتله، أو سقط من يده لَبِنَة أو خشبة أو حديدة، أو كان راكبًا فوطئت دابته إنسانًا فقتله، فهذا كله خطأ[٣] بالمباشرة، ولو حفر بئرًا على قارعة الطريق، أو وضع حجرًا في الطريق، أو أخرج جناحًا، أو كان سائقًا للدابة، أو قائدًا لها، فأوطأت دابته [إنسانًا]، فهذا كله قتل خطأ بالتسبب، هذا كله صورة القتل[٤].

[أَحْكَامُ قَتْلِ العَمْد]

وأما أحكامه: فإن كان القتل عمدًا، ينظر: إن كان القاتل من أهل العقوبة: وهو أن يكون عاقلاً، بالغًا، مخاطبًا، مسلمًا كان أو كافرًا، ذكرًا كان أو أنثىٰ، حرًا كان أو

---

(١) وعرفه الطحاوي: (وأما الخطأ: فهو ما أصابه فقتله مما لم يرده، وإنما أراد غيره)، المختصر ص٢٣٢؛ ووضح القدوري: (والخطأ على وجهين: خطأ في القصد: وهو أن يرمي شخصـًا يظنه صيداً، فإذا هو آدمي، وخطأ في الفعل: وهو أن يرمي غَرَضـًا، فيصيب آدميـًا ...، وما أُجري مجرىٰ الخطأ ...)، ص٤٤٢.

(٢) انظر: مختصر المزني ص ٢٣٨، ٢٣٩؛ المنهاج ص ٤٧٠.

(٣) في م (قتل الخطأ).

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٣٢.

عبدًا، والمقتول يكون معصوم الدم عصمة أبدية، وليس بينهما شبهة المِلْك، ولا شبهة الوِلَاد، أي: لا يكون ولده وإن سفل، أو لا يكون مملوكًا،/ فإنه يجب على [٢٥٣/ب] القاتل القصاص، ويقتص بالسيف، ولا يقتل بما قتله؛ لأن المماثلة فيما يقتل به ليس بشرط، وعند الشافعي: يقتله بما قتله به(١)، ولا كفارة في العمد عندنا(٢)، وعند الشافعي: [تجب] الكفارة والقصاص(٣).

والدم موروث عن المقتول على فرائض الله تعالىٰ، ويدخل فيه الزوج والزوجة، ولا يدخل فيه الموصىٰ له؛ لأنه لو دخل، لدخل لأجل الوصية، فيكون كالتوكيل بالاستيفاء.

ثمّ التوكيل باستيفاء القصاص لا يجوز بالإجماع؛ فلذلك لا يدخل الموصىٰ له، وليس للوارث أن يأخذ الدية من القاتل [كرهـًا] عندنا، وعند الشافعي: ورثة المقتول بين خيرين: إن شاؤوا قتلوا، وإن شاؤوا أخذوا الدية(٤).

ثم عندنا: إذا لم يكن لهم أخذ الدية كرهًا، فلو صالحوا على مال، جاز، قليلاً كان ذلك أو كثيرًا، من جنس الدية أو من خلاف جنسها، مؤجلاً كان أو حالاً، بعد أن يكون الأجل معلومًا أو مجهولًا جهالة متقاربة، كالدِّيَاسِ، والحَصَادِ ونحوه، وإن كانت جهالة متفاوتة، كهبوب الريح، وإلى أن تمطر السماء ونحوه، فالأجل باطل، ويؤخذ حالاً من ماله.

---

(١) انظر: مختصر المزني ص ٢٤١؛ رحمة الأمة ص ٢١٦.
(٢) (والأصل في ذلك عندنا: أن المخصوص لا يقاس على غيره، ولا تصلح الزيادة فيه إلّا بمثل ما يجوز به نسخه؛ لأن الزيادة في النص الذي يمكن استعماله على ظاهره، يوجب النسخ، فلما نصّ الله تعالىٰ على قتل العمد بإيجاب القَوَد دون الكفارة، كما قضىٰ على حكم الخطأ بإيجاب الكفارة والدية، وجب علينا إجراء حُكم كل واحد من القَتْلين على ما ورد به التوقيف، دون قياسه على صاحبه في زيادة فيه، أو نقصان منه ...)، كما في شرح المختصر ٥/ ٣٩٦.
(٣) انظر: مختصر المزني ص ٢٥٤؛ رحمة الأمة ص ٢٢٦.
(٤) انظر: مختصر المزني ص ٢٣٩؛ المنهاج ص٤٨١؛ رحمة الأمة ص ٢١٥.

ولو لم يصالحوا ولكن عفا بعضهم، بطل القصاص، ولا ينقلب نصيبهم مالاً، وينقلب نصيب الباقين مالاً؛ لأن الأصل: أن القصاص متىٰ تعذر استيفاؤه من قِبَلِ من له القصاص، لا ينقلب نصيبه مالاً، ومتىٰ تعذر استيفاؤه من قبل من عليه القصاص، ينقلب مالاً، ثم نصيب العافي لا ينقلب مالاً؛ لأن الاستيفاء تعذر من جهته، ونصيب الذي لم يعف ينقلب مالاً؛ لأن الاستيفاء لم يتعذر من جهته، هذا هو الحكم في العمد(١).

[أَحْكَامُ قَتْلِ الخَطَأ]

وأما الحكم في الخطأ: فإنه لا يجب القصاص، وتجب الكفارة بالإجماع، إلاّ إذا كان القتل بالتسبب: كوضع الحجر، وحفر البئر ونحوه، فإنه لا تجب الكفارة فيه، ولا يحرم الميراث(٢).

ثم الكفارة: إعتاق رقبة مؤمنة على ما ذكرنا في باب الظِّهار؛ لأن الرقبة الكافرة لا تجوز هاهنا؛ لقوله تعالىٰ: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢]، فإن لم يَقْدِرْ، فيصوم شهرين متتابعين(٣)، حتى أنه لو أفطر يومًا، يجب الاستقبال، ولا يجوز إلا بنيَّةٍ من الليل؛ لأنه دَيْنٌ، ولا يجوز [الإطعام فيه](٤)، وتعتبر القدرة وقت الأداء لا وقت الوجوب عندنا، وعند الشافعي: تعتبر وقت الوجوب(٥).

---

(١) انظر بالتفصيل: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٣٩٥ وما بعدها.

(٢) انظر: الحاوي القدسي ١/ ٤٠٤.

(٣) (لقول الله تعالىٰ: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍۭ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [النساء: ٩٢]، وهذا هو المتفق عليه)، شرح المختصر ٥/ ٤١٢.

(٤) في أ (الطعام)، وفي م (ولا إطعام فيه).

(٥) انظر: مختصر المزني ص٢٠٦؛ المنهاج ص٤٨٣.

[أَصْنَافُ الدِّيَةِ]

ثم جنس الدية على قول أبي حنيفة ثلاثة: من الدراهم، والدنانير(١)، والإبل(٢).

أما من الدراهم: فعشرة آلاف درهم عندنا، وعند الشافعي: اثنا عشر ألفًا(٣).

ومن الدنانير: ألف دينار بالإجماع.

ومن الإبل: [مائة](٤): عشرون بنت مخاض، [وعشرون ابن مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون حقّة]، وعشرون جذعة، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: تؤخذ الدية من هذه الأصناف، [و]من أصناف ثلاثة سواها: من الحُلَلِ(٥)، والبقر، والغنم، ومن الحلل: مائتا حلة، كل حُلَّة خمسون ذِراعًا،

---

(١) (الدرهم: قطعة نقدية من الفضة، وزنها: ٦ دوانق = ٤٨ حبة = ٢,٩٧٩ غرامًا)، (والدينار: نوع من النقود الذهبية، زنة الواحد منها عشرين قيراطًا = ٧٢ حبة = ٤,٢٥ غرامًا). معجم لغة الفقهاء (درهم - دينار).

(٢) وزاد الصاحبان في أصناف الدية: البقر، والغنم، والحلل. وسيأتي تفصيل ذلك.

(٣) انظر: مختصر المزني ص٢٤٤. (فأما الحجة في أنها من الدراهم عشرة آلاف درهم: فهي ما روي: (أن عمر بن الخطاب، جَعَل الدية على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الوَرِق عشرة آلاف درهم) [مصنف عبد الرزاق ٩/ ٢٩٢؛ مصنف ابن أبي شيبة ٩/ ١٢٧؛ نصب الراية ٤/ ٣٦٢]، وذلك بمحضر من الصحابة، فصار ذلك أصلاً كسائر العقود التي عَقَدها على كافة الأمة.

وأيضـًا: كما ثبت تقديره للدنانير، ولم تجز الزيادة عليها بالاتفاق، كذلك الدراهم)، كما قال الجصاص في شرح المختصر ٥/ ٤٠٦، ٤٠٧.

(٤) (لما قال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (الدية مائة من الإبل)، [أبو داود (٤٥٤١)]، ثم نُقِلَت عن الإبل إلى غيرها على وجه التقويم، وكان التقويم إنما يقع في الأصول بالدراهم والدنانير، دون ما عداها، وجب أن تكون الدية مقصورة عليها دون غيرها)، كما في شرح المختصر ٥/ ٤١٠.

(٥) الحُلل جمع حُلّة، (والحُلَّةُ: إزار ورداء، ولا تسمَّىٰ حُلَّة حتى تكون ثوبين). مختار الصحاح (حلل).

ومن البقر: مائتا بقرة، قيمة كل بقرة خمسون درهمًا، ومن الغنم: ألفا شاة، قيمة كل شاة خمسة[1]، ولا تؤخذ عند أبي حنيفة هذه الأشياء، وقيل: [لا اختلاف][2] بينهم؛ لأنه ذكر في كتاب المعاقل: أن الولي لو صالح على أكثر من مائتي حلة، [بالقضاء][3] باطل بالإجماع، فلولا أنه من جنس الدية، وإلا لوجب أن يجوز.

[الصُّلْحُ فِي الدِّيَةِ]

ولو صالح مع العاقلة أو مع القاتل على أكثر من عشرة آلاف درهم، أو أكثر من ألف دينار، أو أكثر من مائة من الإبل، أو أكثر من مائتي حلة، أو أكثر من مائتي بقرة، أو أكثر من ألفي شاة، فإنه لا يجوز بالإجماع، ولو صالح على خلاف جنس الدية: كالحُمُر، والبغال، والكَيْلِيِّ، والوَزْنِيِّ، والعددي، والثياب، فإنه يجوز قليلاً كان أو كثيرًا، هذا إذا كان الصلح قبل أن يقضي القاضي بجنس منها.

[٢٥٤/أ] ولو أن القاضي قضىٰ بجنس / من الدية: عشرة آلاف [درهم]، أو ألف دينار، فصالح على خلاف ذلك، فإنه يجوز وإن كان كثيرًا وكان من جنس الدية؛ لأن القاضي لمَّا قضىٰ بصنف من ذلك، تَعَيَّن وخرج جميع[4] الأصناف من الدية في حقه، فصار كأنه صالح على خلاف جنس الدية، ولكن القبض يشرط إذا كان المقضي به دراهم، [فصالحه] على دنانير؛ لأن هذا صرف، والقبض في المجلس شرط في باب الصرف.

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٣٢؛ شرح المختصر ٥/ ٤٠٣ - ٤١٠.
(٢) في أ، ج (الاختلاف) والمثبت من م، والسياق يدل عليه.
(٣) في أ (فالقصاص) والمثبت من م.
(٤) في م (سائر).

[حَمْلُ العَاقِلَةِ دِيَةَ الخَطَأ]

ثم الدية في الخطأ تحملها العاقلة، والعاقلة: أهل الديوان إن كان القاتل من أهل الديوان(١)، وتحمل في ثلاث سنين؛ لأن لهم في كل سنة عطاءً، [فيؤخذ من ثلث العطايا، فإن تعجّلت العطايا الثلث في سنة واحدة]، فيؤخذ في سنة واحدة، وإن تأخر خروج العطاء، تؤخر أيضًا، وإنما يؤخذ من الرجال لا من النساء، ولا من العبيد والإماء، ولا من الصبيان، ويؤخذ من كل رجل ثلاثة دراهم أو أربعة، ولا يؤخذ أكثر من أربعة، في كل سنة درهم أو درهم وثلث، هذا إذا كان الرجل من أهل الديوان.

وأما إذا لم يكن من أهل الديوان، فعاقلته أنصاره(٢)، فإن كانت نصرته بالمَحَال والدروب، يحمل عليهم، وإن كانت نصرته بالحِرَفِ، فعلىٰ المحترفين الذين هم أنصاره: كالقَصَّارين، والصفارين بسمرقند، والأساكفة بإسبيجاب، فإنْ لم يبلغ من الرجال ما يؤخذ من كل واحد أربعة دراهم، فأرادوا أن يأخذوا أكثر من ذلك، فإنه لا يؤخذ، ولكن يضم أقرب المحال إليهم، حتى يكون على كل رجل ثلاثة أو أربعة، والقاتل يكون واحداً من العاقلة إذا كان من أهل [العقد](٣): وهو أن يكون حرًا، بالغـًا، صحيح العقل، هذا كله إذا كان للرجل عاقلة.

---

(١) العاقلة كما عرفها الطحاوي: (والعاقلة: هي أهل الديوان التي تأخذ الأعطية ولا يدخل في ذلك النساء، ولا الصبيان ولا المماليك، ولا من لا عطاء له في ديوانه، ولا يعقل في ذلك ذو رَحِمٍ عن ذي رَحِمه إذا لم يجمعه وإياه ديوان واحد)، المختصر ص ٢٣٣.
وأهل الديوان: هم الذين يجمعهم جريدة الرتب بحسب تقسيم الدواوين، كديوان يختص بالجيش من إثبات وعطاء، وهكذا بالعمال، وببيت المال.

(٢) وعبارة المختصر: (فإن لم يكن ديوان، عادت الدية على القبائل، على ما كانت عليه في عهد رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، حتى ردّها عمر رضي الله عنه إلى الدواوين، فجعلها فيها دون القبائل)، ص٢٣٣. انظر: البدائع ١٠/ ٤٦٦٧.

(٣) في أ، ج (العقل) والمثبت من م.

وأما إذا لم يكن له عاقلة: كاللقيط، أو الحربي، أو الذمي الذي أسلم، فإن عاقلته بيت المال في ظاهر الرواية، وروىٰ محمد عن أبي حنيفة: أنه يجب في ماله، ولا يجب في بيت المال، هذا كله إذا أسلم ولم يوال أحدًا، وأما إذا عاقد لأجل عقد الولاء، فجنايته على مولاه الذي والاه، فله أن يتحول بولايته إلى غيره ما لم يعقل عنه، فإذا عقل عنه، فليس له أن يتحول، (وكذلك لو لم يوال حتى عقل عنه بيت المال، فليس له أن يوالي)[1] أحدًا بعد ذلك، هذا الذي ذكرنا في الخطأ[2].

[أحكامُ شِبْهِ العَمْد]

وأما شبه العمد: فلا يجب القصاص فيه، وتجب الدية على عاقلته كالخطأ، وتجب الكفارة كالخطأ، إلا أن الدية هاهنا من الإبل أرباع في قول أبي حنيفة وأبي يوسف: خمس وعشرون بنت مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حِقَّة، وخمس وعشرون جَذَعَة، وعلى قول محمد: تجب أثلاثًا[3]: ثلاثون حِقّة، وثلاثون جَذَعَة، وأربعون ما بين ثَنِيَّةٍ[4] إلى بازل

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٣٣؛ خزانة الفقه ص٢٩٨.

(٣) وهذا ما ذكره الطحاوي في المختصر: (والدية تغلظ فيها في الإبل خاصة، دون ما سواها من أصناف الدية ...) ص ٢٣٤، والدليل على ذلك: قوله صلىٰ الله عليه وسلم: (ألا إن قتيل العمد الخطأ بالسوط والعصا: مائة من الإبل) [أبو داود (٤٥٤٧)]. انظر: نصب الراية ٤/ ٣٣١.

(٤) (والحِقّ من الإبل: ما استكمل ثلاث سنين، ودخل في الرابعة، والحِقَّة: الأنثىٰ، والجمع: حِقاق). المغرب (حقق).

(والجذع من البهائم: قبل الثَّنِيّ، إلا أنه من الإبل في السنة الخامسة). المغرب (جذع).

(والثَّنِيُّ: الجمل يدخل في السنة السادسة، والناقة ثَنِيَّةٌ). المصباح (ثني). =

عامها كلها خِلْفَة في بطونها أولادها، وشبه العمد إنما يتصور في النفس لا فيما دونها، وشبه العمد فيما دون النفس عمد، إن [أمكن][(١)] القصاص يقتص، وإن لم [يمكن] يجب الأرش. [والله سبحانه وتعالىٰ أعلم بالصواب].

= والبازل من البعير: ما (فطر نابه بدخوله في السنة التاسعة، فهو بازل، يستوي فيه الذكر والأنثىٰ، والجمع: بوازل وبُزَّل). المصباح (بزل).

(١) في أ (يكن) والمثبت من م في الموضعين.

بَابُ(١) أَحْكَامِ العَمْدِ

[الاشْتِرَاكُ فِي الجِنَايَةِ بِجُزْءٍ مِن الجُرْح]

قال: (**فإذا عدا رجل على رجل، فشقَّ بطنه وأخرج حشوته، ثم ضرب رجل عنقه بالسيف عمدًا، فالقاتل هو الذي ضرب بالعنق**)(٢)؛ لأنه قد يعيش الرجل بعد شَقِّ البطن، ولا يعيش بعد ضرب العُنُقِ، فإن كان عمدًا يقتص، وإن كان خطأ تجب الدية.

وعلى الذي شَقَّ [البطن]، أَرْشُ الشَّقِّ: وهو ثُلُثُ الدِّيَةِ؛ لأن [في](٣) الجائفة الثلث، فإن كان الشق قد تَعَدَّىٰ(٤) إلى الجانب الآخر: تجب ثلثا الدية؛ لأنهما جائفتان، في كل سنة ثلث الدية، هذا إذا كان مما يعيش بعد الشق [يومًا أو بعض يوم](٥).

وإن كان الشق بحال لا يتوهم معه بقاء الحياة، ولم يبق معه إلا الاضطراب للموت، والمسألة بحالها، فالقاتل هو الذي شَقَّ البطن،/ فيقتص في العمد، وتجب الدية في الخطأ، والذي ضرب العلاوة يُعَزَّر؛ لأنه ارتكب المنكر، ولا ضمان عليه؛ لأنه ذبح المفروغ عنه. [٢٥٤/ب]

---

(١) في المختصر (باب من أحكام) ص ٢٣٤.

(٢) في المختصر: (فالقاتل له: الذي يجب عليه القود: هو الذي ضرب عنقه بالسيف دون الآخر) ص٢٣٤.

قال الجصاص في تأصيل المسألة: (الأصل في ذلك: اتفاق الجميع من فقهاء الأمصار: أن من جرح رجلاً جراحة، أشرف منها على التلف إلا أنه يرجىٰ بقاؤه يوماً ونحو ذلك، ثم قتله آخر: أن القود على الثاني)، شرح المختصر ٥/ ٤٣٣.

(٣) في أ (فيه)، وفي م (دية).

(٤) في م (فإن كان الشق تقدم من الجانب الآخر).

(٥) الزيادة من ج، م. انظر: مختصر الطحاوي ص٢٣٥.

[رجل جرح جراحة مثخنة، وآخر جراحة أخرىٰ]

وكذلك لو جرح رجل رجلاً [جراحة][(١)] مثخنة لا يتوهم العيش معها، وجرحه آخر جراحة أخرىٰ، فالقاتل هو الذي جرح جراحة مثخنة، هذا إذا كانت الجراحتان على التعاقب، وإن كانتا معاً، فكلاهما قاتلان، ولو جرح رجل عشر جراحات، والآخر جراحة واحدة، فهما قاتلان؛ لأن المرء قد يموت بجراحة واحدة، ويسلم من الكثير؛ فلذلك جعلا قاتلين.

[الموت بقطع اليدين والرجلين]

قال: (**ولو قطع رَجُلٌ يدي رَجْلٍ ورِجْلِيْه**)[(٢)]، ينظر: إن مات في ذلك، فإنه يقتص منه[(٣)]، وتحرير رقبة، ولا يقطع اليدان والرجلان؛ لأن المساواة في القتل عندنا غير معتبرة، وعند الشافعي: يفعل به كما فعل[(٤)]، ولو برئ من ذلك: تقطع يداه ورجلاه، ويؤتىٰ على الأطراف كلها؛ لأن هذا حق العباد، بخلاف السرقة؛ لأن هناك لا يؤتىٰ على الأطراف[(٥)] كلها.

ولو قطع رجل يد رجل ثم قتله، فهذا على ثلاثة أوجه: إما أن يكون كلاهما عمدين، أو خطأين، أو أحدهما عمدًا والآخر خطأً، وكل وجه على وجهين: إما أن يكون بعد البرء، أو قبل البرء:

---

(١) الزيادة تقتضيه العبارة.
(٢) تكملة العبارة: (عمداً، فإن برأ من ذلك كله، كان عليه القصاص، فتقطع يداه ورجلاه، وإن مات من ذلك كله، كان عليه القصاص في النفس خاصة، ولم يقطع يداه ولا رجلاه ...)، مختصر الطحاوي ص ٢٣٥.
(٣) (وذلك لأن استيفاء القصاص ممكن، والذي حصل من الجناية: هو القطع فحسب، قال الله تعالىٰ: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥])، شرح المختصر ٤٣٤.
(٤) انظر: مختصر المزني ص٢٤١؛ رحمة الأمة ص ٢١٦.
(٥) في م (على أطرافه الأربع).

وأما إذا كان كلاهما خطأ، فإن كان بعد البرء، فتجب دية ونصف دِيَةٍ: على العاقلة في السنة الأولىٰ: يؤخذ ثلثا الدية: ثلث من الدية الكاملة، وثلث من النصف، وفي السنة الثانية: يؤخذ نصف الدية: ثلث من الدية وسدس من النصف، وفي السنة الثالثة: ثلث الدية.

وإن كان قبل البرء، فتجب دية النفس لا غير، وتدخل اليد في النفس.

وإن كان كلاهما عمدًا، فإن كان قبل البرء، فعلىٰ قولهما: دخلت اليد في النفس كالخطأ، وعلى قول أبي حنيفة: لا تدخل، فالورثة بالخيار: إن شاؤوا قطعوا ثم قتلوا، وإن شاؤوا اكتفوا بالقتل، وإن شاؤوا عفوا عن النفس وقطعوا اليد، وإن كان بعد البرء لا تدخل بالإجماع.

وإن كان أحدهما عمدًا والآخر خطأً، قبل البرء أو بعد البرء، فلا يدخل أحدهما في الآخر، فتجب الدية في الخطأ، والقصاص في العمد، هذا كله إذا كان الجاني واحدًا.

فإن كانا اثنين، فلا يدخل بعضها في بعض، فإن كانا عمدين، يقتلان، وإن كانا خطأين، تجب الدية على عواقلهما، وإن كان أحدهما عمدًا والآخر خطأً، فعلىٰ العامد القصاص، وعلى المخطئ الأرش(١).

[رِدَّةُ المُسْلِمِ قبل وُقُوع السَّهْمِ]

قال: وإذا رمىٰ رجل سهمًا إلى رجل مسلم، فقبل أن يقع السهم ارتدَّ المرمىٰ إليه، فوقع السهم وهو مرتد فقتله، فإنه تجب الدية على عاقلة الرامي في الخطأ، وفي العمد في ماله، ويسقط القصاص للشبهة، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٣٦؛ وشرح المختصر ٥/ ٤٣٤، ٤٣٥.

تعالىٰ، فاعتبر حال خروج السهم، ولم يعتبر [التغيّر][(١)] بعد ذلك[(٢)]، ألا ترىٰ أنه لا يعتبر تغير حال الرامي ولا حال المرمىٰ إليه في الحِلِّ والحرمة، فإنه لو رمىٰ إلى صيد وهو مسلم، ثم ارتد فأصاب السهم الصيد بعد ردته، يؤكل، ولو رمىٰ وهو مجوسي أو مرتد، ثم أسلم قبل الإصابة، فإنه لا يؤكل، واعتبر حال الرمي، وكذلك لو رمىٰ ثم أحرم، فإنه يؤكل، وكذلك لو رمىٰ إلى صيد، فقبل أن يصل السهم إليه صار أهليًّا من حيث انكسر جناحه، فإنه يؤكل، ويعتبر حال خروج السهم، كذلك هاهنا.

وأما في قول أبي يوسف ومحمد: لا ضمان عليه؛ لأنه قتل [نَفْسًا][(٣)] مباح الدم[(٤)].

وكذلك هذا الاختلاف في رجل زنىٰ وهي وهو مُحْصَنٌ، فرمىٰ رجل إليه سهمًا، فقبل أن يصل السهم إليه، قضىٰ القاضي برجمه، ثم أصاب السهم فقتله، فعلىٰ الاختلاف.

لو أنه رمىٰ إلى مرتد فأسلم قبل وقوع السهم إليه، / ثم وقع فيه السهم وهو [٢٥٥/أ]
مسلم فقتله، فلا شيء عليه بالاتفاق، إلا في قول زفر: فإنه تجب الدية؛ لأنه يعتبر وقت الإصابة، وهذه المسألة حجة لأبي حنيفة عليهما؛ لأنه يعتبر وقت الرمي لا وقت الإصابة.

---

(١) الزيادة من م.

(٢) (أبو حنيفة يعتبر في مسألة الرمي: حالَ السبب، ويجعل ما يتولد عنه كأنه حادث عند وجود السبب؛ وذلك لأن الرمي لمّا كان سبباً يوجب الوقوع لا محالة، ثم حصل الوقوع في النفس، صار كأنه قتله بنفس الرمي)، كما في شرح المختصر ٥/ ٤٣٨.

(٣) الزيادة من م.

(٤) (فإنهما قالا: لما حصل الوقوع في مرتد، وهو مباح الدم، صار كوقوعه في حائط، أو فيما لا يكون به جانياً)، شرح المختصر ٥/ ٤٣٨.

ولو رمىٰ إلى عبد، فقبل أن يصل إليه السهم أعتقه المولىٰ، فلا تجب الدية، ولكن تجب القيمة لمولىٰ العبد في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنهما اعتبرا وقت الرمي، ووقت الرمي كان عبدًا، وعند [محمد]: تجب النقصان، يُقَوَّم فينظر بكم يشترىٰ وقت الرمي، وبكم يشترىٰ وقت خروج السهم إليه، فيجب فضل ما بينهما؛ لأن المولىٰ لمَّا أعتقه، فقد أبرأه مما تولد منه، ألا ترىٰ أنه لو جرح عبدًا فأعتقه المولىٰ، برئ الجارح مما تولد من الجراحة، كذلك هاهنا(١).

[إِسْلَامُ المُرْتَدِّ ومَوْتُهُ بَعْدَ قَطْعِ يَدِهِ]

قال: ومن قطع يد مرتد، فأسلم فمات، فلا شيء على القاطع(٢)، ولو قطع يده وهو مسلم فارتد فمات، أو قتل على ردته، فعليه دية اليد لا غير، ولو رجع إلى الإسلام ثم مات، فعلىٰ قول أبي حنيفة وأبي يوسف: عليه دية النفس، وعند محمد: عليه دية اليد.

وكذلك لو لحق بدار الحرب ولم يقض القاضي بلحوقه، [ثم رجع إلينا مسلماً، فهو على هذا الاختلاف، ولو قضىٰ القاضي بلحوقه](٣) ثم عاد مسلمًا فمات، تجب دية اليد لا غير بالإجماع، وصار هذا كنفس أخرىٰ(٤).

ومن قطع يد عبد خطأ، فأعتقه مولاه ثم مات، فلا شيء على القاطع غير أرش اليد، وعتقه إياه كبُرْئِه من اليد، هذا على وجهين: إما أن يكون القطع خطأ أو عمدًا: أما إذا كان القطع خطأً فأعتقه المولىٰ ثم مات العبد، يجب نصف القيمة: وهي دية

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٣٥.

(٢) قال الجصاص: (والأصل في ذلك: أن الجناية إذا لم تكن مضمونة، فالسراية غير مضمونة ...)، ٥/ ٤٤٠.

(٣) ما بين المعقوفتين زيدت من م، وساقطة من أ.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٣٦.

اليد، وبرئ عن السَّرَاية، وإن كان القطع عمدًا ثم مات العبد، فإنه ينظر: إن كان للعبد وارث غير المولىٰ، أو غيره يشاركه في [ميراثه](١)، فلا قصاص؛ لاشتباه ولي القصاص؛ لأن وقت القطع كان الحق للمولىٰ دون الوارث، ووقت الموت كان الحق للوارث دون المولىٰ؛ فلاشتباه ولي القصاص لا يجب، وإن لم يكن للعبد وارث سِوَىٰ المولىٰ، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: للمولىٰ حق القصاص؛ لأنه لا اشتباه فيه؛ لأن الحق له وقت القطع ووقت الموت، وفي قول محمد: ليس له حق الاقتصاص؛ لاشتباه سبب الولاية.

ولو اجتمع المولىٰ مع الوارث، فلا قصاص أيضًا، بخلاف العبد الموصىٰ برقبته لإنسان، وبخدمته لآخر، إذا قُتل فاجتمعا(٢)، فإن القصاص يجب؛ لأن لصاحب الرقبة ملكًا، ولصاحب الخدمة حقًا بشبهة الملك، فصار كعبدين اثنين، فأمّا هاهنا فوقت الجناية لم يكن للوارث فيه حق، ووقت الموت لم يكن للمولىٰ فيه حق، فأشبه الولي، وهذا إذا أعتق المولىٰ بعد القطع، ولو لم يعتق، ولكن دبّره المولىٰ، أو كانت أَمة فاستولدها، لا تقطع السراية، ويجب نصف القيمة، ويجب ما نقص بعد الجناية قبل الموت، هذا في الخطأ، وإن كان عمدًا، فللمولىٰ أن يقتص بالإجماع.

ولو كاتبه والمسألة بحالها، فبالكتابة برئ عن السراية، فيجب نصف القيمة للمولىٰ، فإذا مات وكان خطأً، فلا يجب شيء آخر، وإن كان عمدًا، إن مات عاجزًا، مات عبدًا، وللمولىٰ أن يقتص، وإن مات عن وفاء، مات حرًا، إن كان له وارث غير المولىٰ يحجبه أو يشاركه، فلا يجب القصاص، وعليه(٣) أرش اليد لا غير، ولو لم يكن وارث غير المولىٰ، فللمولىٰ أن يقتص عندهما، وعند محمد: ليس له أن يقتص، وعليه أرش اليد.

---

(١) في أ، ج (سراته) والمثبت من م.
(٢) في م زيادة: (جميعًا).
(٣) في م (ولأبيه).

وإن كان القطع بعد الكتابة فمات، وكان القطع خطأ، أو مات العبد عاجزًا، فالقيمة للمولىٰ، وإن مات / عن وفاء، فالقيمة للورثة، وإن كان عمدًا، فإن مات [٢٥٥/ب] عاجزًا، فللمولىٰ أن يقتص، وإن مات عن وفاء، مات حرًا، فينظر: إن كان سِوَىٰ المولىٰ وارث آخر، أو غيره يشاركه في الميراث، لا يجب القصاص، وإن لم يكن [له] وارث غير المولىٰ، فعلىٰ الاختلاف الذي ذكرنا(١).

[القِصَاصُ بَعْدَ بُرْءِ المَجْنِيِّ عَلَيْهِ]

قال: (**ومن قطع من رَجُلٍ يدًا، أو رِجْلاً، أو أُصْبُعًا، أو أَنْمَلَة من أصبع، أو ما سوىٰ ذلك من مِفْصَل من المفاصل عمدًا، فعليه القصاص بعد البُرْءِ(٢) من الجناية، ولا قصاص عليه قبل ذلك**)(٣).

الأصل: أن المساواة فيما دون النفس شرط معتبرة، وفي النفس غير معتبرة.

والأصل: أن الجنايات قبل البرء كجناية واحدة، وبعد البرء جنايات مختلفة.

والأصل: أن الجناية تعتبر مآلها لا حالها(٤).

فإذا عرفنا هذا، فنقول: إذا قطع يد آخر عمدًا، فإن كان القاطع والمقطوع

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٤٤٢ - ٤٤٤.
(٢) (بَرِئ المريض، بَرءًا، وبُرْءًا: شُفِيَ وتَخلَّص مما به)، كما في المعجم الوسيط (برأ).
(٣) مختصر الطحاوي ص ٢٣٦.
(٤) (وذلك لما روىٰ جابرٌ: أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم (نهىٰ أن يستقاد من الجراح حتى تبرأ) [البيهقي في الكبرىٰ ٨/ ٦٦؛ وابن أبي شيبة في مصنفه ٩/ ٣٦٩]؛ ولأنه لا يؤمن أن يؤول إلى النفس، أو إلى موضع يسقط معه القصاص، فيسقط حكم القطع، ويتعلق حكم الجناية بما يؤول إليه)، كما قال الجصاص في الشرح ٥/ ٤٤٥.

حُرَّيْن، مسلمين أو كِتَابِيَّيْنِ، أو أحدهما مسلم والآخر كتابي، يجري القصاص بينهما، أو كانتا اِمْرَأَتَيْنِ حُرَّتَيْنِ مُسْلِمَتَيْنِ، أو إحداهما مسلمة والأخرىٰ ذِمِّيَّةٌ، أو كانتا ذِمِّيَّتَيْن، يجب القصاص؛ لأن بينهما مساواة في الأرش والمحل، ولو كانا عبدين، أو أحدهما عبد والآخر حر، أو أحدهما ذكر والآخر أنثىٰ، فلا قصاص بينهما، [بل] يجب أرش الجناية في ماله حالاً.

وإذا قطع من رَجُل أصبعًا، فإن كان عمدًا يجب القصاص، وإن كان خطأً يجب الأرش: وهو عشر الدية، ألف درهم في الرَّجُل، وفي المرأة: خمسمائة [درهم]، وإن قطع من أصبع واحدة مَفْصِلاً، في العمد القصاص، وفي الخطأ ثلث أرش الأصبع، وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، إلا إذا كان من الإبهام، فإنه يجب في كل مَفْصِلٍ نصف أرش الأصبع خمسمائة؛ لأن لها مفصلين، وأصابع اليد والرجل سواء.

ولو أن رجلاً قطع المَفْصِلَ الأعلىٰ من السَّبَّابة من يد رَجُلٍ عمدًا، ثم عاد وقطع المفصل الثاني، ثم عاد وقطع المفصل الثالث عمدًا، فهذا على وجهين: إما أن يكون قبل البرء، أو بعد البرء، فإن كان قبل البرء، وصار كأنه قطع الأصبع دفعة واحدة، فيجب [القصاص]، وإن كان بعد البرء، فيجب القصاص في المَفْصِل الأعلىٰ، (وفي المَفْصِلين الباقيين لا قصاص)[1]، ويجب [ثلثا] أرش الأصبع في ماله؛ لأنه حين قطع الأعلىٰ، كانت بينهما مماثلة، فلما برئ ثم قطع الباقي، لم يكن بينهما مماثلة، وإن كان القصاص في المفصل الأعلىٰ على هذا القاطع واجبًا؛ لأن ذلك المِفْصِل لا يزول عن ملكه بوجوب القصاص عليه، ألا ترىٰ أنه لو جاء إنسان وقطع ذلك المفصل، إن كان عمدًا فله القصاص، وإن كان خطأً فله أرشه، ولا يكون ذلك للمقطوع مفصله أولاً، ويبطل بذلك حق الأول؛ لأن المفصل

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

كان عنده أمانة[١]، ولم يقض به دينه، فلا يكون مضمونًا عليه، كما إذا هلكت الوديعة، إلا إذا قطع ذلك المفصل قصاصًا، وجب للآخر، أو كان القصاص في اليد، فقطعت في السرقة، فلا يبطل حق المجني عليه، ولكن يجب الأرش؛ لأنه قضىٰ به دين نفسه، فأشبه الوديعة إذا قضىٰ بها المودَع دين نفسه، فتصير مضمونة عليه، كذلك هاهنا[٢].

وكذلك لو أن رجلاً قطع المَفْصِل الأعلىٰ من السَّبَّابة، وقطع بعد ذلك من رجل مقطوع المفصل الأعلىٰ من السبابة مفصليه الباقيين، فإنه يجب القصاص للذي قطع مفصله الأعلىٰ؛ لأنه حين قطعه كانت بينهما مماثلة، ولا يجب القصاص للثاني، ولكن يجب أرش المفصلين؛ لأنه لم يكن بينهما مماثلة؛ لأن أحدهما مقطوع حقيقة، والآخر وجب القطع عليه، / فلا مماثلة بينهما، هذا إذا [٢٥٦/أ] قطع من رجل واحد.

ولو قطع من رجل مفصله الأعلىٰ من السَّبَّابة، وقطع من رجل آخر المَفْصِلين من السبابة، وقطع من الثالث السبابة كلها، قبل البرء أو بعد البرء، أو واحداً بعد واحد، فهذا لا يخلو: إما أن يجيئوا جميعًا فيطلبوا القصاص، أو يجيئوا متفرقين، فإن جاؤوا معًا، بدأ بصاحب الأعلىٰ، فيقتص له، والثاني بالخيار: إن شاء قطع المفصل الثاني وبطل حقه، وإن شاء أخذ أرش المفصلين، وإنما كان له الخيار؛ لأنه وجد حقه ناقصًا، فيَتَخَيَّر، كما قلنا في رَجل أشل اليمين قطع يمين رجل صحيح، فإنه يخير: إن شاء قطع واقتصر على اليد الشلاء، وإن شاء أخذ أرش [اليد]؛ لأنه وجد حقه ناقصًا، فكذلك هاهنا، وكذلك صاحب الأصبع يخير: إن شاء قطع المَفْصِل الثاني، وذهب

(١) في م (إصابة).
(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٣٦.

حقه، وإن شاء أخذ أرش الأصبع، وإنما بدأ بصاحب الأعلىٰ؛ لأن في البداية به إيفاء لجميع الحقوق؛ لأنه إذا بُدئ به يكون للآخرين حق الاقتصاص مع الخيار[١]، ولو بدأ بصاحب الأصبع، يبطل حق الباقين من القصاص، ورُبَّ رجل يختار القصاص وإن كان ناقصًا؛ [تشفيًا][٢] للغيظ؛ فلذلك بدأنا بصاحب الأعلىٰ، هذا إذا جاؤوا جميعًا.

وأما إذا جاؤوا متفرقين، فإن جاء صاحب الأصبع أولاً، فإنه يقتصّ له، فبعد ذلك إذا جاء الباقيان، يقضي لهما بالأرش، فإن جاء صاحب المفصلين أولاً، [يقتص][٣] له، ويقضي لصاحب الأعلىٰ بالأرش، فصاحب الأصبع بالخيار: إن شاء اقتص ناقصـًا، وإن شاء أخذ أرش الأصبع، ولو جاء صاحب الأعلىٰ أولاً، فهو كما لو جاءوا معًا[٤]، والحكم فيه كما ذكرنا.

ولو قطع من رجل نصف المَفْصِل الأعلىٰ، ثم عاد فقطع النصف الباقي، فإن كان قبل البرء يقتص من المَفْصِل، وإن كان بعد البرء لا يقتص، وتجب الحكومة في كل نصف.

ولو قطع من رجل المَفْصِل الأعلىٰ من السَّبَّابة، ثم عاد فقطع [نصف][٥] المفصل الثاني، فإن كان قبل البرء، فلا قصاص، [وصار][٦] كأنه قطعه بدفعة واحدة، فتجب حكومة عدل، وإن كان بعد البرء، وجب القصاص في المَفْصِل، [وحكومة] عدل في نصف المَفْصِل.

---

(١) في م (الجناية).
(٢) في أ، ج (شفاء) والمثبت من م.
(٣) في أ (يقضي) والمثبت من ج، م.
(٤) في م (جميعـًا).
(٥) الزيادة من م، والسياق يدل عليها.
(٦) الزيادة من م، والسياق يدل عليها.

[القِصَاصُ فِيمَنْ قَطَعَ من مِرْفَقِ المَقْطُوعِ مَفْصِله]

ولو أنه قطع من رجل يده اليمنىٰ من المَفْصِل عمدًا، فاقتص منه، ثم إن أحدهما قطع من الآخر الذراع من المرفق، فلا قصاص فيه، ولكن تجب حكومة عدل عندنا، وقال زفر: يجب القصاص؛ لأنه يمكن القصاص على المماثلة؛ لأن المحل سواء، إلا أنَّا نقول: لا يمكن؛ لأن المماثلة في المحل والأرش معتبرة، ألا ترىٰ أنه لا قصاص بين الحر والعبد، والمرأة والرجل، وإن كان المحل سواء؛ لأن الأرش مختلف المقدار، كذلك هاهنا: أرش الذراع حكومة عدل، وذلك مما يختلف (باختلاف المقومين)[1]، فأشبه يد الحر بيد العبد، فإنه لا قصاص فيه؛ لأن أرشهما مختلف؛ لأن أرشه قيمته، وذلك يختلف [باختلاف المقوِّمين فيه][2].

ولو قطع رجل يد رجل من نصف الذراع، فإنه لا يجب القصاص، ويجب أرش اليد وحكومة[3] عدل في نصف الذارع، وروي عن أبي يوسف أنه قال: يجب أرش اليد من المَفْصِلِ لا غير، ولو قطع يده من المرفق، يقتصُّ بالإجماع[4].

ولو قطع رَجُل من رَجُل الأصابع الخمس، يجب نصف الدية، ولو قطع الأصابع مع الكف، يجب نصف الدية أيضًا، والكف تبع لها، ولو قطع الأصابع فبرأ، ثم قطع الكف بعد ذلك، تجب حكومة عدل في الكف، ونصف الدية في الأصابع.

ولو قطع يده من المفصل وعليها ثلاث أصابع أو أربع، يجب أرش الأصابع،

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٢) الزيادة من م.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٣٦؛ (وذلك لأن الذراع عضو غير اليد، فينفرد بحكمه في إيجاب الحكومة، ألا ترىٰ أن القطع في السرقة يتعلق باليد دون الذراع، فقد أتلف بذلك عضواً، ونقص آخر، فيجب في اليد الدية، وفي بعض الذراع الحكومة؛ لأنه ليس له أرش مقدَّر)، شرح المختصر ٥/ ٤٤٥.

(٤) العبارة في المختصر وشرحه: (... دية اليد وحكومة) ص ٢٣٦، وهكذا في سائر العبارات، ولم يستعملوا عبارة (أرش).

ويدخل الكف تبعًا [لها]، ولو كان عليه أصبع أو أصبعان، / ففي قول أبي حنيفة: [٢٥٦/ب] يجب أرش الأصبع، ويدخل [أرش] الكف تبعًا؛ لأن الأصل: أصبع، والكف تبعٌ، والأصل يستتبع الفرع وإن قَلَّ الأصل وكثر الفرع، كشهادة رجل واحد مع النساء، وكالمُسِنَّةِ مع الصَّغَارِ في باب الزكاة، وفي قول أبي يوسف ومحمد: ينظر إلى أرش الكف، وإلى أرش الأصابع، فأيهما كان أكثر، دخل الأقل فيه تبعًا.

وروي عن أبي يوسف في رواية أخرىٰ أنه قال: إن كان أرش الأصبع أكثر يجب، ويدخل الكف تبعًا، وإن كان أرش الكف أكثر، فلا يدخل بعضها في بعض، ويجب أرش الكف وأرش الأصبع معًا.

وروي عنه في رواية أخرىٰ أنه قال: إنما تستتبع الأصبع من الكف ما كان بإزائها، ولا تستتبع ما ليس بإزائها، قلت الأصابع أو كثرت[١].

[القِصَاص في العَظْمِ]

قال: ولا قِصَاص في عظْمٍ؛ لأن القصاص فيما دون النفس مبناه على المماثلة، ولا يمكن المماثلة في الكسر، إلا في السِّنِّ خاصة[٢]، ولا يقتص اليمنىٰ باليسرىٰ على ما نذكره بعد هذا في جملة ما يجب فيه القصاص وما لا يجب[٣][٤].

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٣٧.

(٢) (وأمَّا السِّنُّ، فإنما وجب فيها القصاص؛ لقول الله تعالىٰ: ﴿وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ﴾[المائدة: ٤٥].

وفي حديث أنس حين كَسَرت الرُّبَيِّع سنَّ جارية من الأنصار، فقال النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (كتاب الله: القصاص) [البخاري (٢٧٠٣)]؛ ولأنه يمكن استيفاء المثل، إن كان قَلَع جميع السنّ قُطِعت سِنُّه، وإن كسر البعض، فإنه يُبرَد منه بمقداره)، كما في شرح المختصر ٥/ ٤٤٧.

(٣) في م بزيادة (القصاص فيه).

(٤) وعبارة المختصر: (ولا قصاص في عظم إلّا في السِّنِّ خاصة، بالمِبْرَد، فإنها تقاص، ويقتص منها بالمِبْرَد مثل الذي أخذ منها)، مختصر الطحاوي ص٢٣٧.

[القِصَاص والدِّيَةُ في الشِّجَاج]

قال: ولا قصاص في شيء من الشِّجَاج[(١)] سوىٰ الموضحة[(٢)].

أول الشجاج الخَادِشَةُ: وهي التي تخدش الجلد ولا تدمي[(٣)].

ثم الدَّامِيَةُ: وهي التي تخدش الجلد وتَدمي، إلا أنها لا تسيل.

ثم الدَّامِعَةُ: وهي التي تدمي ويسيل الدم[(٤)].

ثم البَّاضِعَةُ: وهي التي تشق الجلد وتقطع اللحم[(٥)].

ثم المُتَلَاحِمَةُ: وهي التي تقطع اللحم[(٦)]، وهي فوق الباضعة دون السِّمْحَاق، وروي عن أبي يوسف أنه قال: هي التي تشق الجلد ولا تأخذ من اللحم شيئًا، وروي عن محمد: أنها هي التي لا تشق الجلد ولا تقطعه، ولكن تُسَوِّدُه ويلتحم فيها الدم.

ثم السِّمْحَاق: وهي التي تقطع اللحم وتصل إلى الجلدة الرقيقة التي بين العظم واللحم[(٧)].

---

(١) (والشَّجَّة: الجراحة، وإنما تُسمَّىٰ بذلك إذا كانت في الوجه أو الرأس)، ويقال: شجّ رأسه، وشجّه في رأسه أو وجهه، والجمع: شِجَاج. انظر المصباح؛ المعجم الوسيط (شج).

(٢) وعبارة المختصر: (ولا قصاص عظمٍ إلاَّ في السِّنِّ خاصة)، ص٢٣٧.
والمذكور هنا عبارة متن شرح الجصاص، ولعلها اختلاف نسخ، ونحوها ذكر القدوري في مختصره. شرح المختصر ٥/ ٤٤٩؛ مختصر القدوري ص٤٥٣.

(٣) وفي المغرب: (الخدش مصدر خدش وجهه: إذا ظفره فأدماه أو لم يُدمه ثم سُمِّي به الأثر) (خدش).

(٤) انظر: المغرب (دمع).

(٥) في المغرب: (الباضعة: هي التي جرحت الجلدة وشقت اللحم)(بضع).

(٦) وعرّف المطرزي: (المتلاحمة من الشجاج: التي تشق اللحم دون العظم، ثم تتلاحم بعد شقها، أي: تتلاءم وتتلاصق)، المغرب (لحم).

(٧) وفي المغرب: (السِّمْحَاق: جلدة رقيقة فوق قحف الرأس، إذا انتهت إليها الشجة، سميت سمحاقًا)(سمحق).

ثم المُوْضِحَةُ: وهي التي توضح العظم[١].

ثم الهَاشِمَةَ: وهي التي تهشم العظم أي: تُكْسِره.

ثم المُنَقِّلةُ: وهي التي تنقل العظم من موضع إلى موضع.

ثم الآمَّةُ: وهي التي تصل إلى أم الرأس: وهو الدماغ.

ثم الجَائِفَةُ: وهي في الجوف[٢].

ففي هذا كله إذا برأ ولم يبق له أثر، فلا شيء عليه في العمد والخطأ، إلا رواية عن أبي يوسف أنه قال: يجب مقدار أجرة الطبيب.

وأما ما بقي له أثر وكان خطأً فيما دون الموضحة، ليس له أرش مقدر، ولكن تجب حكومة عدل، وحكومة العدل: أن يقوّم لو كان عبدًا وليس به أثر، كم كانت قيمته؟ ويقوّم وبه أثر، كم ينقص الأثر من قيمته، فيجب ذلك القدر من نقصان القيمة من الدِّيَةِ، لو كان ربع عشر القيمة، يجب ربع عشر الدية على هذا القياس[٣]، إلا في العبد إذا بلغ أرش موضحته نصف عشر الدية خمسمائة، ينقص نصف درهم، وعلى قول أبي يوسف: تجب بالغة ما بلغت.

---

(١) أي: (ففي الموضحة القصاص إن كانت عمدًا، ولا قصاص في بقية الشجاج، وفي الموضحة إن كانت خطأً: نصف عشر الدية). كما في مختصر القدوري ص٤٥٣، وسيأتي تفصيل ذلك في الكتاب.

(٢) (الجائفة: الطعنة التي بلغت الجوف، أو نفذته)، المغرب (جوف).

(٣) قال الجصاص في اعتبار التقدير للحكومة: (وقد حُكي ذلك عن أصحابنا، وكان أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ يأبىٰ هذا الاعتبار في الجنايات على الأحرار، ويقول: إن الاعتبار فيها: أن يُقَرَّب إلى أدنىٰ الشجاج التي فيها أرش معلوم، فينظر مقدارها منها في قلة الجراحة أو كثرتها؟ فيوجب من الأرش بمقداره من أرش الجراحة المقدرة)، شرح المختصر ٥/ ٤٥١.

وأما في الموضحة، فيجب نصف عشر الدية: خمسمائة في الرجل، ومائتان وخمسون في المرأة، وتجب على العاقلة.

وفي الهَاشِمَةِ: عشر الدية: ألف درهم.

وفي المُنَقِّلَة: عُشْرُ الدية ونصف عشر الدية: ألف وخمسمائة.

وفي الآمَّة: ثلث الدية، وإن كانت [نفذت][1] إلى الجانب الآخر، ففيها: ثلثا الدية، فتكون جائفتين، ولا تكون الجائفة في الوجه وإن نفذت إلى الفم.

وموضع المُوْضِحَة: الوجه، والرأس، والذقن، هذا كله في الخطأ[2].

وأما في العمد، فلا يجب القصاص إلا في الموضحة؛ لأن استيفاءها على سبيل المماثلة ممكن؛ لأنه يقطع بالسكين، وفي سائرها كسر العظم، فلا قصاص فيه، إلا في السِّنِّ إن كان قَلْعًا يقلع، وإن كان كسرًا تُبَرَّدُ بالمِبْرَد، وأما ما دون الموضحة ففيه القصاص، هكذا قال محمد في الأصل: إن القصاص / يجب في الموضحة، والسمحاق، والباضعة، والدامية[3]، وإذا أراد القصاص [٢٥٧/أ] في الموضحة، فإنه يقتص بالسِّكِّيْن، فيبدأ بأي الجانبين شاء من الموضع الذي أوضحه، ولا يقتص إلا بعد البرء، فإن اقتص قبل البرء، وثم برئ موضحة المقتص له، ولم يبق لها أثر، فإنه يجب عليه أرش [موضحة للمقتص][4] منه،

---

(١) في أ (مدت) والمثبت من ج، م.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٣٧، ٢٣٨.

(٣) وذكر الجصاص بعد ذلك ضابطًا لاستيفاء القصاص، فقال: (وجملة القول فيها إن أمكن استيفاء القصاص فيه: بأن يجرح مثل جراحته سواء، حتى يبلغ الحَدّ الذي بلغت جراحة الجاني، أُقتُصَّ منه، وما تعذَّر فيه ذلك، لم يقتص منه ....

وقد اتفقوا في الآمة والجائفة والمتلاحمة: أنه لا قصاص فيها؛ إذ لا يوصل إلى استيفاء المثل إلاّ اجتهاداً ...)، ٥/ ٤٥٠.

(٤) في أ، ج (أرش المقتي له) والمثبت من م.

كما قلنا فيمن قلع سن إنسان واقتص منه، [ثمَّ نبت سِنّ][(١)] المقتص له، يجب عليه أرش [للمقتص][(٢)] منه[(٣)].

وأرش كل سن خمسمائة، والأسنان كلها سواء.

ولو أن رجلاً شجّ رجلاً موضحة، فصارت مُنَقِّلَةً، فاختلفا، فقال المجني عليه: صارت منقلة (بضربتك، فعليك أرش المنقلة، وقال: لا بل صارت منقلة)[(٤)] بجناية أخرىٰ حدثت، فالقول: قول المجني عليه في القياس، يعني: قياسًا على السن: وهو أن من ضرب آخر حتى تحركت سِنُّهُ ثم سقطت بعد ذلك، أو اسْوَدَّت، أو اخْضَرَّتْ، فقال المجني عليه: سقط من ضربتك، فعليك الأرش، فقال الآخر: لا بل سقطت من جناية أخرىٰ، فالقول: قول المجني عليه [قياسًا]، كذلك هاهنا.

وقال محمد في الأصل: أستحسن في السِّنِّ [لورود][(٥)] الأثر، والفرق بينهما من حيث المعنىٰ: وهو أن السِّنَّ تحركت بجناية، والتحرك يوجب السقوط وسبب له، فإذا وجد السبب، فدلالة الحال تشهد له، فكان القول قول المجني عليه، بخلاف

(١) في أ، ج (ثبت من المقتص له) والمثبت من م.
(٢) في أ، ج (المقتص) والمثبت من م.
(٣) انظر: الأصل للإمام محمد، ٦/ ٥٧٨، ٥٧٩ (دار ابن حزم). قال الجصاص مُبَيِّنًا الأدلة: (وما ذكره أبو جعفر من أروش الشجاج والموضحات فما فوقها، ففيها كلها نصٌّ عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: بعضها من حديث الزهري: (عمرو بن حزم، عن أبيه، عن جده)، وبعضها في غير هذا الطريق.
وما دون الموضحة من الشجاج، ففيها حكومة عدل، ولا تكون الموضحة إلاّ في الرأس والوجه، ولا يكون أرشها في سائر البدن إلاّ حكومة عدل ...؛ إذ ليس في مقدار أرشه توقيف)، شرح المختصر ٥/ ٤٤٨.
(٤) ما بين القوسين ساقطة من م.
(٥) في أ، ج (لو ورود) والمثبت من م.

الموضحة؛ فإنها ليست بسبب للمُنَقِّلَة، ولم يشهد له ظاهر الحال، فكان القول قول الجاني.

ولو شجّ رجلاً موضحة، ثم ضربه فجعلها منقلة، فإن كان في مكانين مختلفين، يجب القصاص في الموضحة، والأرش في المنقلة، وإن كان في موضع واحد: إن كان قبل البرء، فهذه جناية واحدة، ويجب عشر الدية ونصف عشر الدية في المنقلة، ولو أوضحه عشرين موضحة خطأً، يجب في كل موضحة خمسمائة، ويكون جميع ذلك عشرة آلاف درهم على العاقلة، ولو أوضحه موضحة طويلة، فإن كان رفع السكين ثم وضع، فهذه موضحتان، ولو أوضح رجلاً موضحة تبلغ من قرن إلى قرن عمدًا، أو رأسه أصغر من رأس الشَّاجِّ، فله أن يقتص بقدره، ولا تبلغ من قرن إلى قرن؛ لأنه تكون زيادة فيه، وكذلك لو أوضحه من قِبَلِ الوجه إلى القفا، ورأس الشَّاجِّ أعظم من رأس المَشْجُوْج، فله أن يقتص بقدره، ولا يبلغ إلى القفا، فإن كان رأس الشَّاجِّ أصغر من رأس المشجوج، [ولو][1] أراد أن يقتص، [يزيد][2] على الرأس والوجه، فإنه يخير: إن شاء أوضحه من قرن إلى قرن لا غير، وإن شاء أخذ [الأرش][3] لا غير؛ لأنه وجد حقه ناقصًا[4].

[حُضُورُ أولياءِ القَتِيلِ القِصَاصَ]

قال: (ومن قتل عمدًا وله أولياء: بعضهم حضور وبعضهم غياب، لم يقتل حتى يحضروا جميعًا)[5]؛ لجواز أن يكون الغائب قد عفا، فلا يستوفى القصاص

(١) في أ (أو) والمثبت من م.

(٢) في أ غير مقروءة، وفي ج (يريد)، والمثبت من م.

(٣) في أ، ج (الرأس) والمثبت من م.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٣٩، ٢٤٠.

(٥) المصدر السابق ص ٢٣٩، وفي متن الشرح للجصاص: (ولا يقتص من القاتل، إلاَّ بحضرة =

مع قيام الشبهة، ولو صالح الحاضر على مال من حقه، فالصلح جائز، ويسقط القصاص، وينقلب نصيب الآخر مالاً[١].

ولو كان بعضهم صغارًا وبعضهم كبارًا، فللكبار أن يقتصوا عند أبي حنيفة[٢]، وفي قول أبي يوسف ومحمد: ليس لهم أن يقتصوا حتى يدرك الصغار، والغائب[٣] حتى يحضر.

وإذا كان للصغار على رجل جناية خطأ، فللأب أن يأخذ الدية في النفس وفيما دونها، ويقتص في النفس وما دونها، [وله أن يصالح في النفس وفيما دونها][٤]، وليس له أن يعفو، والوصي فيما دون النفس بمنزلة الأب، يجوز صلحه واقتصاصه، [وفي النفس لا يجوز اقتصاصه][٥] وفي الصلح روايتان: في رواية: يجوز، وفي رواية: لا يجوز.

= جميع أولياء القتيل إذا كانوا كباراً)، ٥/ ٤٥١.

(١) انظر: شرح المختصر ٥/ ٤٥١.

(٢) (وجه قول أبي حنيفة: أن الحسن بن عليّ رضي الله عنهما، اقتصَّ من ابن مُلجِم، قاتل عليّ رضي الله عنه، وله ورثة صغار غيره؛ وذلك بحضرة الصحابة من غير نكير من أحدٍ منهم عليه، فصار إجماعـًا من السلف ....

وأيضـًا: من جهة النظر: إنَّ الصغير لمَّا كان ممن يُولَّىٰ عليه، وكانت النفس لا تتبعض في الإطلاق، صار الكبير مستحقـًا للقصاص من حيث لم يتبعض القصاص، وكان الصغير ممن يولَّىٰ عليه، فصار وليًّا عليه في استيفاء القصاص ...)، كما في شرح المختصر ٥/ ٤٥٢، ٤٥٣.

(٣) في م (كالغائب). انظر: مختصر الطحاوي ص٢٣٩.

(٤) الزيادة زيدت من م.

(٥) الزيادة من ج، م.

[عَفْوُ بَعْضِ وَرَثَةِ المَقْتُولِ عَنِ القِصَاصِ]

[٢٥٧/ب] قال: (**ومن عفا من ورثة المقتول / عن القصاص**[١]**، [من] رجل، أو امرأة**[٢]**، أو أم، أو جدة، أو من سواهنّ [من النساء]**[٣]**، أو كانت المقتولة امرأة، فعفا زوجها عن القاتل، فلا سبيل إلى القصاص**)[٤].

الأصل في هذا: أن الدم موروث على فرائض الله تعالىٰ[٥]، حتىٰ أن الزوج يرث من دم زوجته، والزوجة ترث من دم الزوج، وإذا عفا بعضهم، سقط القصاص، وانقلب نصيب الذي لم يعف مالاً، وقد ذكرنا هذا من قبل.

[عَفْوُ المَجْنِيِّ عَلَيْه عَنِ الجِنَايَةِ]

قال: (**ومن قطع يد رجل عمدًا، فعفا عن اليد**)[٦]، فهذا لا يخلو: إما أن يقول: عفوت عن الضربة، أو [عن] الشَّجَّةِ، أو عن الجِرَاحَة، أو عن القطع، ذَكَرَ ما يحدث منها أو لم يذكر عن الجناية.

ولا يخلو: إما أن يكون عفوًا، أو صُلْحًا، أو نكاحًا، أو خلعًا: أما إذا كان عفوًا، فبرأ من ذلك، صَحّ في الفصول كلها، ذكر ما يحدث أو لم يذكر، وأما إذا سَرَىٰ إلى

---

(١) في م زيادة (عن القاتل).

(٢) في المختصر (أو امرأة زوجة) ص ٢٣٩.

(٣) في م (أو غيرهن من النساء).

(٤) مختصر الطحاوي ص٢٣٩.

(٥) (والدليل عليه: قول الله تعالىٰ: ﴿ ۞ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ [النساء: ١٢]، والدم مما تَرَكَ الميت؛ لأن الميت قد يترك ما هو مال، ويترك أيضـًا حقًّا ليس بمال)، كما في شرح المختصر ٥/ ٤٥٣.

(٦) تكملة العبارة: (... ثم مات منها: فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: قد بطل العفو، وعلى القاتل الدية لورثة المقتول، وقال أبو يوسف ومحمد رضي الله عنهما: لا شيء عليه، والعفو من اليد، عفو عنها وعمّا يحدث منها، وبه نأخذ)، مختصر الطحاوي ص٢٣٩.

النفس، [فإن كان][١] العفو بلفظ الجناية، وذكر ما يحدث منها أو لم يذكر، أو كان غير ذلك من الألفاظ، وذكر ما يحدث منها، صَحَّ العفو، ولا شيء على القاتل.

وإن كان العفو بغير لفظ الجناية، ولم يذكر ما يحدث منها، القياس: أن يجب القصاص، وفي الاستحسان: يسقط [القصاص] للشبهة، وتجب الدية في مال القاتل، وهذا قول أبي حنيفة[٢]، وفي قولهما: صَحَّ العفو، ذكر ما يحدث منها أو لم يذكر، هذا كله إذا كان عمدًا.

وأما إذا كان خطأً وسرىٰ إلى النفس، فإن كان بلفظ الجناية أو بغيرها من الألفاظ، وذكر ما يحدث منها: فإنه يصح العفو[٣]، إلا أنه يعتبر خروجه من الثلث، فإن كان يخرج من الثلث، (سقط عن العاقلة، وإن كان لا يخرج من الثلث)[٤]، فثلثه يسقط عن العاقلة، وثلثاه يؤخذ من العاقلة، هذا إذا كان العفو في المرض، وأما إذا كان في الصحة، فكذلك غير معتبر من الثلث.

وإن كان العفو بغير لفظ الجناية، ولم يذكر ما يحدث منها: يبطل العفو، والدية على العاقلة في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: يَصِحُّ العفو.

---

(١) في أ، ج (أن) والمثبت من م.

(٢) وجه قول أبي حنيفة كما يقول الجصاص: (لأنا قد بيَّنَّا أنه قد عفا عمَّا ليس بحقه؛ لأن حكم الجناية يتعلق بما تؤول إليه، فإذا آلت إلى النفس، علمنا أن حقه كان النفس، فعفا هو عن غير حقه)، ٥/ ٤٥٥.

(٣) عبارة المختصر: (ولو كان عفا عن اليد وعمَّا يحدث منها، أو عن الجناية، ثم مات المقطوع من ذلك، لم يكن على القاطع شيء في قولهم جميعاً)، ص٢٣٩، ووجَّه ذلك الجصاص بقوله: (وذلك لأنه قد أبرأ من النفس، وتصح براءته؛ لوجود سبب الإتلاف ....

وإنما كان عفوه عن الجناية، عفواً عن النفس، من قِبَل أن الجناية اسم لليد ولِمَا يحدث منها بالقطع، فإذا مات منه، كانت الجناية هي النفس، فصحت البراءة منها)، ٥/ ٤٥٦.

(٤) ما بين القوسين ساقطة من م.

وأما إذا كان بلفظ الصُّلْح، فإن كان بلفظ الجناية أو بغيرها من الألفاظ، وذكر ما يحدث منها: صَحَّ الصُّلْح، وإن كان بغير لفظ الجناية ولم يذكر ما يحدث منها: فعلىٰ قولهما كذلك الجواب، وعلى قول أبي حنيفة: بطل الصلح، وتؤخذ جميع الدية من ماله في العمد، فإن كان خطأً، يُرَدُّ ذلك[١] الصلح، وتجب جميع الدية على العاقلة.

ولو كان نكاحًا، كما إذا جَرَحت المرأة رجلاً، فتزوجها وجعل جنايتها مهرها، فإن برأ من ذلك، جاز النكاح، وصار أرش ذلك مهرًا لها، العمد والخطأ في ذلك سواء، إلاّ أنه لا قصاص بين الرجال والنساء فيما دون النفس، وإن سرىٰ إلى النفس، فإن كان بلفظ الجناية أو بغيرها من الألفاظ، وذكر ما يحدث منها، [وكانت الجناية خطأً][٢]: جاز ذلك، وصارت الدية مهرًا لها، وسقطت عن العاقلة، هذا إذا كان وقت النكاح يذهب ويجيء.

فإن كان وقت النكاح صاحب فِرَاشٍ: فَقَدْرُ مَهْرِ المِثْلِ يسقط عن العاقلة، والزيادة على ذلك إن كانت تخرج من ثُلُثِ ماله، سقطت أيضًا، وإن لم تخرج من ثُلُثِ ماله، فقدر الثلث يسقط أيضًا، والزيادة تكون للزوج، وترجع إلى ورثته، هذا في الخطأ.

وأما في العمد، فيجوز النكاح، وصار عفوًا، ودم العمد ليس بمال، فصار كأنه تَزَوَّجها على غير مال، فيجب لها في تركة الزوج مهر المثل بالإجماع.

وأما إذا كان بغير لفظ الجناية، ولم يذكر ما يحدث منها، وسرىٰ إلى النفس، فعلىٰ قولهما: كذلك الجواب في العمد والخطأ، وفي قول أبي حنيفة: بطل / العفو، [٢٥٨/أ]
فإن كان عمدًا، فلها مهر المثل في مال الزوج، وتجب الدية في مالها، فَيَتَقَاصَّان

(١) في م (يرد بدل الصلح).
(٢) الزيادة أضيفت من م.

بقدر مهر المثل، ويضمن الزيادة، وإن كان خطأً، فتجب الدية على العاقلة، ولها مهر المثل في مال الزوج، ولا ترث المرأة من مال الزوج شيئًا؛ لأنها قاتلة، ولا ميراث للقاتل.

وإن كان خلعًا، كما إذا جنىٰ على امرأته جناية، فخالعها على بدل الجناية، فإن برئت، جاز الخلع، وكان بائنًا، وصار أرش الجناية بدلاً للخلع، والخطأ والعمد في ذلك سواء، وإن سرىٰ إلى النفس، فإن كان بلفظ الجناية أو بغيرها من الألفاظ، وذكر ما يحدث منها، جاز الخلع، ويكون بائنًا، وإن كانت صحيحة بحيث تذهب وتجيء وقت الخلع، جاز ذلك من غير اعتبار من الثلث، وإن كانت مريضة، صارت الدية بدلاً للخلع، فجميع الدية تعتبر من الثلث؛ لأن البضع في حال خروجه من ملك الزوج، لا يُعَدُّ[1] مالاً، فإن كان يخرج من الثلث، سقط عن العاقلة، وإن لم يكن لها مال، فالثلث يسقط والثلثان على العاقلة.

وأما في العمد جاز العفو، ولا يكون مالاً، وخلعها بغير مال يكون رجعة، إلا إذا كان بلفظ الخلع، (يكون بائنًا)[2].

ولو كان بغير لفظ الجناية ولم يذكر ما يحدث منها، وسرىٰ إلى النفس، فعندهما كذلك الجواب، وعند أبي حنيفة: بطل العفو، وتجب جميع الدية في ماله في العمد، وفي الخطأ على العاقلة، ويكون الخلع بغير مال، ويكون الطلاق رجعيًا، إلا إذا كان بلفظ الخلع[3].

---

(١) في م (لا يعود مالًا).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من م.

(٣) انظر: مُختصر الطحاوي ص ٢٣٩، ٢٤٠.

[مَوْتُ المُقْتَصِّ مِنْهُ مِن اليَدِ قِصَاصـًا]

قال: (**ومن قطع يد رجل، فاقتص له عنه، ثم مات المُقْتَص منه من القصاص، فإن دية المقتص منه على المقتص له في قول أبي حنيفة**)[١]؛ لأنه استوفىٰ غير حقه؛ لأن حقه [كان في] اليد، وقد استوفىٰ النفس، وكان مخيرًا: في اليد بين[٢] أن يستوفي على المماثلة، وبين أن لا يستوفي، فكان مشترطًا عليه سلامة العاقبة، كما نقول فيمن جلس على قارعة الطريق، فعثر به إنسان فمات، يجب عليه ضمانه، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجب عليه شيء؛ لأنه كان مأذونًا بالقطع، فلا يجب عليه ضمان ما تولد منه، كالقاضي إذا قطع يد رجل في السَّرِقَةِ، فمات منها، فلا يجب عليه شيء، كذلك هاهنا[٣].

ولو أن رجلاً قال لآخر: اقطع يدي، فإن كان للعلاج كما [إذا وقعت][٤] في يده [آكِلة][٥]، فلا بأس به، وإن كان من غير علاج، فلا يحل له قطع ذلك اليد.

---

(١) وهو اختيار الطحاوي، المختصر ص ٢٤٠. وقد رُوي فيه حديثٌ عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم، أنه قال: (مَن استقاد من آخر، ثم مات المستقاد منه، غَرِم المستقاد ديته). [عبد الرزاق في مصنفه ٩/ ٤٥٦؛ وابن أبي شيبة في مصنفه، ٩/ ٣٣٩؛ وقال الهيثمي: (رواه الطبراني، وإسناده منقطع، وفيه أبو معشر، وهو ضعيف، وهو قول ابن مسعود، لم يرفعه إلى النبي صلىٰ الله عليه وسلم)، مجمع الزوائد ٦/ ٢٩٥].

وعقب الجصاص بقوله: (فإن ثبت هذا الحديث عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم، سَقَطَ معه قول كل قائل.

وأيضـًا، لأبي حنيفة: أن الجنايات معتبرة بما يؤول إليه، ويسقط معها حكم الابتداء)، شرح المختصر ٥/ ٤٥٧، ٤٥٨.

(٢) في م (في الابتداء بين أن يستوفى النفس).

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٤٥٩.

(٤) في أ، ج (يقع ... يأكلها) والمثبت من م.

(٥) والآكِلة: جاء بمعنىٰ الحِكّة، والجرب، وجاء بمعنىٰ: يعمل في الجسم ما يعمل السوس من النخر والإفساد، ومنه يقال: (وقعت في رِجْلِه آكلة). انظر: المعجم الوسيط (أكل).

ولو قطع في الحالين ثم سرىٰ إلى النفس، فإنه لا يضمن؛ لأن الأمر كان بالجناية، فلا يضمن ما تولد منها.

ولو قال: اقتلني! فإنه لا يَحِلُّ له قتله، ولو قتله فلا قصاص عليه للشبهة، وتجب الدية في ماله، ولو قال: اقتل عبدي، فقتله، لا يجب عليه شيء، والحَجَّام، والبزَّاغ(١)، والخَتَّان، إذا حجم أو بزغ أو ختن [أو فَصَد] بإذن صاحبه، فسرىٰ ذلك إلى النفس، فلا ضمان عليه؛ لأن أصل الجناية كانت بإذنه، فلا يضمن ما تولد منها.

[في قَطْعِ وَلِيِّ المَقْتُوْلِ يَدَ القَاتِلِ]

قال: **(ومن قتل رجلاً عمدًا، وللمقتول ولي، فقطع الولي يد القاتل، ثم عفا عنه)**(٢)، فهذا على وجهين: إما أن يبرأ بعد العفو، أو يموت من القطع، فإن برأ من ذلك، ففي قول أبي حنيفة: للقاتل على ولي المقتول دية يده في ماله؛ لأن العفو يستند إلى وقت الجناية، وحقه كان في النفس دون الأطراف، فإذا كان حقه [في] النفس، فقد وقع العفو عن النفس، فَتَبَيَّن أنه استوفىٰ اليد بغير حق، فتجب دية اليد، وفي قولهما: لا يجب شيء(٣).

---

(١) (الحَجَّام من حجم المريض: إذا عالجه بالحجامة: وهي امتصاص الدم بالمِحْجَم). (حجم).

(والبزَّاغ: من بزغ الطبيب الجلد بزغاً: شرطه فأسال دمه)(بزغ).

(والخَتَّان: من ختن الصَبِيَّ ختناً، وختاناً، وختانة: قطع قُلْفَتَه، فهو مختون.

والخِتَان: موضع القطع من الذكر والأنثىٰ). (ختن) المعجم الوسيط.

(٢) مختصر الطحاوي ص ٢٤٠.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٤٥٩.

[قَتْلُ الوَلِيِّ القَاتِلَ]

وأما إذا مات من ذلك، فلا يجب شيء؛ لأنه لما سرىٰ إلى النفس ومات، بان لنا أنه كان مستوفيًا حقه بالقطع؛ لأن الجنايات تعتبر مآلها لا حالها، فإذا هذا فقد عفا بعد استيفاء حقه، فلم يعمل، كرجل استوفىٰ دينه / من غريمه، ثم قال له: قد أبرأتك، فإنه لا يَصِحُّ، كذلك هاهنا. [٢٥٨/ب]

وإذا قتل الرجل عمدًا وله ولي واحد، فله أن يقتل القاتل قصاصًا، سواء قضىٰ القاضي أو لم يقضِ، وقتله بالسيف، ويضرب علاوته؛ لقول النبي عليه الصلاة والسلام: (**لا قود إلا بالسيف**)(١)، وإذا أراد أن يقتله بغير السيف، منع عن ذلك، ولو فعل ذلك يُعَزَّر، إلا أنه لا ضمان عليه، فصار مستوفيًا حقه، سواء قتله بالعصا أو بالحجر، أو ساق عليه دابته، أو حفر بئرًا وألقاه فيها، أو قتله بأي أنواع القتل، يصير مستوفيًا، وله أن يقتله بنفسه، ويأمر غيره بأن يقتله، وإذا قتله غيره بأمره، صار مستوفيًا، ولا ضمان على ذلك الرجل، هذا إذا قتله [وأمره] إياه ظاهر.

---

(١) (الحديث رُوي من حديث أبي بكرة، ومن حديث النعمان بن بشير، ومن حديث ابن مسعود، ومن حديث أبي هريرة، ومن حديث علي رضي الله عنهم.

فحديث أبي بكرة أخرجه ابن ماجه في سننه (٢٦٦٧)، عن الحر بن مالك، عن المبارك بن فَضالة، عن الحسن، عن أبي بكرة، مرفوعاً.

ورواه البزار في مسنده، وقال: (لا نعلم أحداً أسنده بأحسن من هذا الإسناد، ولا نعلم أحداً قال عن أبي بكرة إلا الحر بن مالك، وكان لا بأس به، وأحسبه أخطأ في هذا الحديث؛ لأن الناس يروونه عن الحسن مرسلا). انتهىٰ.

وقال الزيلعي: (بل أخرجه الدارقطني [٣/ ٨٨]؛ والبيهقي [٨/ ٣٦]، في سننيهما مرفوعاً)، ورواه ابن عدي، وأعلّه بالوليد بن محمد الأيلي، وقال: أحاديثه غير محفوظة، وقيل في سنده غير ذلك من العلل). انظر بالتفصيل: نصب الراية ٤/ ٣٤١، ٣٤٢.

ولو أنه قتله وقال الوليُّ: كنت أمرته، فلا يصدق في ذلك، ويجب القصاص على هذا القاتل، كأنه لم يجب القصاص على القاتل الأول؛ لأنه لما قتله هذا، [فقد] بطل حق ولي القصاص، فتصديقه بعد فوات المحل لا يعتبر؛ لأنه متى وجب القصاص في النفس، ففاتت النفس بآفة سماوية، أو قتل بالردة، أو القصاص بحق أو بغير حق، بطل القصاص، ولا يجب المال، بخلاف القصاص فيما دون النفس، فإنه إن فات ذلك العضو(١) بآفة سماوية، أو قطع بغير حق، بطل حق القصاص من غير مال، وإن قطع بحق، نزل فيه من قصاص وجب لآخر، أو قطع في سرقة، فإنه يبطل القصاص، ويجب أرش اليد.

ولو أن رجلاً حفر في دار رجل بئرًا، فوقع فيها إنسان، فقال صاحب الدار، كنت أمرته بذلك، فلا ضمان على الحافر استحسانًا؛ لأنه يملك الأمر بالحفر ابتداءً، بخلاف مسألتنا هذه.

ولو أن الولي لم يقتل، ولكن عفا عنه، صَحَّ عفوه، وبطل القصاص، وإن عفا عن البعض دون البعض، صَحَّ العفو في الكل؛ لأن العفو مما لا يتجزأ، فذِكْرُ البَعْضِ كذِكْرِ كله، كتسليم الشفعة والطلاق وغيرهما.

[قَتْلُ أَحَد الوَلِيَّيْنِ القَاتِلَ أو العَفْوُ مِن أَحَدِهِمَا]

ولو كان الولي اثنين، فقتله أحدهما، صار مستوفيًا؛ لأن أحد الورثة خصم في الاستيفاء، وإن عفا أحد الوليين، بطل نصيبه من غير مال، وينقلب نصيب الآخر مالاً.

فلو أن الذي لم يعف قتل هذا القاتل، فهذا على وجهين: إما أن يكون عالمًا بأمر صاحبه في العفو عنه، أو غير عالم، فإن كان غير عالم، سقط القصاص للشبهة،

(١) في م (بعذر لآفة).

ويجب عليه في ماله نصف الدية؛ لأنه قد وجب كمال الدية، إلا أن النصف بالنصف صار قصاصًا، ولزمه النصف الآخر، وإن كان عالمًا بعفو صاحبه، إلا أنه لا يعلم أنّ دمه صار [حرامًا عليه]، فإنه يجب القصاص، وله على المقتول نصف الدية. والله أعلم[١].

(١) انظر: فتاوىٰ قاضيخان ٣/ ٣٥١.

بابُ الدِّيَّاتِ في الأَنْفُسِ ومَا دُوْنَها[١]

[ضَابِطُ دِيَةِ الأَعْضَاءِ]

كل ما كان في النفس زوجًا، ففي أحدهما: نصف الدية، وفي كليهما: الدية كاملة: كاليدين، والرِّجْلِين، والأُذُنين، والعينين، والشفتين، والخصيتين[٢].

وكُلُّ ما كان عشرًا، ففي أحدهم: عُشْرُ الدِّيَة، وفي الجميع: الدية كاملة: كأصابع اليدين والرِّجلين، في كل أصبع: ألف درهم في الرَّجل، وفي والمرأة: خمسمائة درهم.

وكُلّ ما كان في النفس أربعًا، ففي أحدهم: ربع الدية، كالأشفار.

وكُلّ ما كان في النفس واحد، كما إذا أزهق الرُّوح: تجب الدية كاملة، وكذلك لو قطع الأنثيان[٣].

---

(١) وقد أجمل أبو الليث فيما يجب فيه الدية الكاملة، وقال: (وخمسة عشر شيئاً يجب فيها دية كاملة: العقل، والشَّمُّ، والسَّمع، والبصر، والذوق، والمارن، والحاجب، واللحية إذا حلقت فلم ينبت شعر، وشعر الرأس إذا قلع فلم ينبت، والأنف إذا استوعب القطع، واللسان إذا قطع منه ما يذهب بالكلام، والذَّكر إذا استوعب قطعه حشفة، وإذا ضرب على ظهر إنسان، فصار بحيث لا يبول، وإذا فضّ امرأة بالجناية، بحيث لا يستمسك البول والغائط، واللسان إذا قطع منه ما يمنع الكلام)، خزان الفقه ص٢٩١، ٢٩٢.

(٢) وزاد أبو الليث على ما يجب في كل اثنين منهما دية كاملة: الحاجبين، والأليتين، والثديين، والحلمتين، واللحيين. انظر: خزانة الفقه ص٢٩٢.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٤١.

[دِيَةُ العَقْلِ وَالسَّمْعِ والبَصَرِ]

وكذلك لو ضربه على رأسه حتى ذهب عقله: تجب الدية، أو ذهب سمعه، أو بصره[1]، فإن اختلفا في ذهاب البصر، فإنه يلقىٰ بين يديه حَيَّة، فإن هرب منها، عُلِمَ أنه لم يذهب بصره، وقال محمد في الأصل في البصر: ينظر إليه أهل ذلك، وقال في ذهاب السمع: / يتغفل فينادي، فإن أجاب، علم بذلك أنه لم يذهب سمعه. [٢٥٩/أ]

وحكي أن امرأة ضُربت على رأسها، فخاصمت الضارب عند القاضي، وادّعت ذهاب سمعها، فقال لها القاضي في حال غفلتها: استري عورتك، فجعلت المرأة تستر عورتها، فعلم القاضي أنها كاذبة.

ولو كان عمدًا، لا يجب القصاص؛ لأنه لا يمكن المماثلة بينهما؛ لأنه لا يمكن أن يضرب ضربًا يذهب السمع، أو العقل، وتجب الدية في ماله، إلا في البصر، فإنه يجب القصاص فيه، تقرب إليه مرآة محماة، فيؤمر أن ينظر إليها، فيذهب بصره[2].

وفي عين الأعور: نصف الدية، وقال بعض العلماء: فيها كمال الدية؛ لأن العين الواحدة [له] كالعينين (لصاحب العينين)[3].

---

(١) وذكر الفقيه أبو الليث: خمسة عشر شيئًا يجب فيها دية كاملة مضمنًا بعد ما ذكره المؤلف: (١-العقل. ٢-والشَّمُّ. ٣-والسمع. ٤-والبصر. ٥-والذوق. ٦-والمارن. ٧-والحاجب. ٨-واللحية إذا حلقت فلم ينبت شعر. ٩-وشعر الراس إذا قلع فلم ينبت. ١٠-والأنف إذا استوعب القطع. ١١-واللسان إذا قطع منه ما يذهب بالكلام. ١٢-والذَّكر إذا استوعب قطع حشفة. ١٣-وإذا ضرب على ظهر إنسان، فصار بحيث لا يبول. ١٤-وإذا فَضَّ امرأة بالجناية، بحيث لا يستمسك البول والغائط. ١٥-واللسان إذا قطع منه ما يمنع الكلام). خزانة الفقه ص٢٩١ - ٢٩٢.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص٤٤٤، ويمكن الآن إذهاب البصر عن طريق الأجهزة الطبية المتطورة، بصورة أيسر وأسهل من تلك الأساليب القديمة.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من م.

وكذلك لو ضرب فذهب الشَّمُّ، تجب كمال الدية[١].

وكذلك لو ذهب ماء صلبه، تجب الدية.

[دِيَةُ الشَّعْرِ]

وكذلك لو حلق شعر رأسه، فلم ينبت، أو حلق لحيته أو نتفها فلم تنبت، تجب الدية.

والأصل فيه: أنه متىٰ أزال الجمال على الكمال، [أو المنفعة على الكمال] تجب فيه دية كاملة، وشعر الرأس واللحية سواء.

وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني أنه قال: اللِّحَىٰ على ثلاثة أوجه:

إن كانت اللحية وافرة، تجب الدية كاملة.

وإن كان [أقط][٢]، تجب فيه حكومة عدل.

ولو كان على ذقنه شعيرات تشين صاحبها، لا شيء فيها؛ لأنه أزال الشين.

ولو حلق شعر رأسه فنبت أبيض وهو شاب، قال أبو حنيفة: في الحُرِّ لا يجب شيء، وفي العبد يجب النقصان، وقال أبو يوسف ومحمد: تجب حكومة في الحر والعبد جميعًا[٣].

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٤١؛ (وذلك لأن هذا العضو، ليس له نظير في البدن، كالأنف والذكر ونحوهما)، كما في الشرح ٦/ ٣٢.

(٢) في أ غير مقروء، وفي م (أشط) والمثبت من ج، (وشعر قَطٌّ وقَطَطٌ، أيضًا شديد الجعودة) كما في الصحاح (قَطّ).

(٣) قال القدوري: (وفي اللحية إذا حُلِقت فلم تنبت: الدية، وفي شعر الرأس: الدية)، ص٤٥٠.
انظر: شرح مختصر الطحاوي ٦/ ٣١.

[دِيَةُ الأَنْفِ]

وكذلك لو قطع الأنف، تجب الدية، ولو قطع المارن[1] دون الأنف، تجب الدية؛ لأن الأنف تبع للمارن، ولو قطع المارن ثم الأنف، إن كان قبل البرء فكذلك، وإن كان بعد البرء تجب الدية في المارن، والحكومة في الأنف، وكذلك الجفن[2] تبع للأشفار[3].

[دِيَةُ الثَّدْيِ]

وكذلك ثديي المرأة تبع للحَلَمة، فإن قطع الحَلَمة ثم الثدي، فإن كان قبل البرء، تجب دِيَة فيهما[4]، وإن كان بعد البرء، وجبت دية في الحلمة، وحكومة في الثدي، وفي ثدي الرجل حكومة عدل؛ لأنه ليس بجمال، ولا منفعة فيه أيضًا[5].

[دِيَةُ الأُنْثَيَيْنِ]

ولو قطع الأنثيين، ففيهما الدية، وفي إحداهما نصف الدية، ولو قطع الذكر وحده، تجب فيه الدية، ولو قطع الحشفة، تجب الدية، والذكر تبع للحشفة، ولو قطع الحشفة ثم الباقي، إن كان قبل البرء فكذلك، وإن كان بعد البرء، تجب

---

(١) (المارن: ما دون قصبة الأنف: وهو ما لان منه، والجمع موارن). المصباح (مرن).

(٢) (جفن العين: غطاؤها من أعلاها وأسفلها، والجمع جفون، وقد يجمع على أجفان). المصباح (جفن).

(٣) (الأشفار من شُفْر العين، حرف الجَفْن الذي ينبت عليه الهُدْب). المصباح (شفر). انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٤١؛ مختصر القدوري ص٤٥٠.

(٤) قال الجصاص معللًا ذلك: (وذلك لأن لثدييها منفعة الرضاع، واللبن، فكان كاليدين، والرجلين، والأنثيين، ونحوهما)، شرح المختصر ٦/ ١٤. انظر: تكملة شرح فتح القدير ١٠/ ٢٨٢.

(٥) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٤٢.

الدية في الحشفة، والحكومة في الباقي، ولو قطع الأنثيين والذكر بدفعة واحدة، إن قطعهما عرضًا تجب ديتان، [وإن قطع طولاً الذكر أولاً، ثم الأنثيين، تجب ديتان](١) ولو بدأ بالأنثيين ثم بالذكر، كان في الأنثيين الدية، وفي الذكر حكومة عدل؛ لأنه بقطع الأنثيين، صار خَصِيًّا، وفي ذَكَرِ الخَصِيِّ حكومة عدل(٢).

[دِيَةُ السِّنِّ]

وفي كل سِنٍّ: نصف عشر الدية: خمسمائة، ومن ضرب رجلاً حتى سقطت الأسنان كلها: وهي اثنان وثلاثون سنًّا: منها عشرون ضِرْسًا، وأربعة أنياب، وأربع ثَنَايا، وأربع ضواحك كانت عليه دية وثلاثة أخماس دية: وهي من الدراهم ستة عشر ألف درهم.

في السنة الأولىٰ: ثلثا الدية، ثلث من الدية الكاملة، وثلث من ثلاثة أخماس الدية.

وفي السنة الثانية: ثلث الدية، وما بقي من ثلاثة أخماس الدية.

وفي السنة الثالثة: ثلث الدية، وهو ما بقي من الدية الكاملة(٣).

وفي كل مَفْصِل من مَفاصِل الأصابع ثُلُث أَرْش الأصبع، إلا إذا كان له أصبع مفصلان، فيجب نصف أرش الأصبع(٤).

---

(١) الزيادة زيدت من م.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٤١؛ شرح المختصر ٦/ ٣١.

(٣) انظر: المصدر السابقين.

(٤) لم يذكر المؤلف دية الأصابع مفصلًا كما أورده الطحاوي، إلّا ما ذكره في القصاص كما يأتي: (وفي كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين: عُشْر الدية، والأصابع كلها سواء، وفي كل أنملة من كل أصبع فيها ثلاث أنامل: ثُلُثُ عُشْرِ الدية، وفي كل أصبع فيها أنملتان: نصف عُشْر الدية)، مختصر الطحاوي ص ٢٤١. انظر: مختصر القدوري ص ٤٥٠؛ شرح مختصر الطحاوي ٥/ ٤٤٦.

[دِيَةُ المُسْلِمِين، ودِيَةُ الذِّمِّيِّيْنَ]

وجميع ما ذكرنا من الديات، فإنّ المسلم فيه والذِّمِّيَّ سواء في النفس وفيما دونها، هذا حكم الديات في الخطأ[1].

---

(١) استدل الحنفية لقولهم بالتسوية بين الجميع في الدية: لتكافؤ الدماء، وعملًا بعموم الآيات:

قال تعالىٰ: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾، وقال: ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍۭ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ﴾ [النساء: ٩٢]، (وكان مفتقراً إلى البيان؛ إذ لم يكن في ظاهر اللفظ دلالة على مقدار بعينه دون غيره).

كما روي في كتاب عمرو بن حزم: أن النبي صلىٰ الله عليه وسلم قال: (وفي النفس مائة من الإبل)، [أبو داود (٤٥٤٣)] فهو عام في المسلم والكافر، ولم يفرق بينهما.

وما روي أيضاً عن الزهري أنه قال: (كان أبو بكر، وعمر، وعثمان رضي الله عنهم، يجعلون دية اليهودي والنصراني إذا كانا معاهدين، مثل دية المسلم)، [أخرجه البيهقي في الكبرىٰ ٨/ ١٠٢؛ نصب الراية ٤/ ٣٦٧. انظر: شرح مختصر الطحاوي ٦/ ٦ وما بعدها].

واختلف الفقهاء في دية الكتابي والمجوسي:

فأما الحنفية، فكما ذكر الطحاوي هنا: (وديات المسلمين، وديات أهل الذمة: من اليهود، والنصارىٰ، والمجوس، في الأنفس وفيما دونها، سواء)، من غير فرق في العمد والخطأ.

وذهب المالكية والحنابلة: بأن دية الكتابي: نصف دية المسلم.

وعند الشافعية: دية الكتابي: ثلث دية المسلم.

كما أن ديات نسائهم على النصف من ديات رجالهنّ.

ودية غير الكتابي كالمجوسي: ثمانمائة درهم، ونسائهم على النصف من رجالهنّ.

وعلى هذا، تكون دية جراحهم: على النصف من دية المسلمين، سِوَىٰ المجوسي.

انظر: المبسوط للسرخسي ٢٦/ ٨٤؛ بداية المجتهد ٢/ ٤١٤؛ المعونة ٣/ ١٣٣٦؛ المغني لابن قدامة ٦/ ٥٢٧؛ الروض المربع ص ٦٤٩؛ مغني المحتاج ٤/ ٥٦.

وأما في العمد،/ فلم يذكر محمد في الأصل حكم وجوب القصاص فيها على [٢٥٩/ب] الكمال، وإنما ذكر حكم بعضها، وذكر حكم الديات في الخطأ في أول الباب على الكمال(١)، وقد ذكر الكرخي في مختصره حكم القصاص فيما يجب وفيما لا يجب.

[القِصَاصُ فِيْمَا دُوْنَ النَّفْسِ]

قال رحمه الله: الأصل في وجوب القصاص فيما دون النفس قول الله تعالىٰ: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥].

فذكر الله تعالىٰ فيما ذكر من الآية، أن يؤخذ كل شيء بمثله: في اليدين القصاص، وفي الرجلين القصاص، وكذلك في إحداهما، ولا يقطع اليمنىٰ باليسرىٰ، ولا اليسرىٰ باليمنىٰ، فإذا قطع [كف] رجل من المفصل، أو من المرفق من المفصل، أو من مفصل التَّرْقُوَة(٢)، اقتص منه، وكذلك في الرِّجْل إذا قطعت من مفصل القدم، أو من مفصل الرُّكْبَة، أو مفصل الوَرِك(٣)، اقتص منه، وما كان من غير المفصل، فلا قصاص فيه.

وسواء كانت الجناية فيما دون النفس بسلاح أو غيره، يجب القصاص إذا تعمد ذلك؛ لما ذكرنا قبل هذا: أن شبه العمد فيما دون النفس عمد(٤).

---

(١) انظر: الأصل ٦/ ٤٤٩ وما بعدها.

(٢) (التَّرْقُوَة: عظمة مشرفة بين ثُغرة النحر والعاتق، وهما ترقوتان، والجمع تراق). المعجم الوسيط (ترق).

(٣) الوَرِك: ما فوق الفخذ، (وهما وَرِكان فوق الفَخِذَيْن، كالكتفين فوق العَضُدَين، وقعد مُتَوَرِّكًا، أي: متكِئًا على إحدىٰ وَرِكيه)، والجمع أوراك. المصباح (ورك).

(٤) قال الجصاص موضحـًا المسألة: (وهذا الذي ذكر في نفي حكم شبه العمد عما دون النفس، فإنما هو في حكم القصاص خاصة؛ لأن رجلاً لو ضرب رجلاً بعصا، أو بحجر، فأوضح عن رأسه، أو لطمه فكسر سنه، كان القصاص بينهما. =

[القِصَاصُ فِي الأُذُنَيْنِ والشَّفَتَيْنِ وَالعَيْنَيْنِ]

وفي الأذنين القصاص، وفي الحاجبين إذا حلقت ولم تنبت: الدية، وإن حلق رأسه أو لحيته أو شاربه ولم ينبت، فلا قصاص فيه(١).

وأما الشفتان، فقد روي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنه قال: إذا قطع شفة رجل العليا أو السفلىٰ، وكان يستطاع أن يقتص منه، فعليه القصاص(٢).

وأما العين فقد قال الطحاوي في الكتاب: ومن جنىٰ على عين رجل فأذهب بصرها(٣)، أن عَقْل ذلك على الجاني في ماله إن كان عمدًا(٤)، وقال محمد في الأصل: إذا فُقِئت عين رجل فذهب نورها ولم تنخسف، أن فيها القصاص(٥)، وقال الكرخي: لا قصاص في العين إذا قُوِّرَتْ أو بخست(٦)، وإنما يجب القصاص إذا كانت قائمة وذهب ضوؤها، وقال: هذا في قولهم جميعًا، فصار حاصل الجواب هذا، وهو موافق لرواية الأصل: إذا جنىٰ عليها أن [قوّرها]، فلا قصاص فيه، وإن

= والأصل فيه: حديث أنس: (أن الرُّبيع لطمت جارية، فكسرت ثَنِيَّتَها، فأمر رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم بالقصاص)، فأوجب النبي صلىٰ الله عليه وسلم القصاص في السِّنِّ باللطمة، ومثله إذا حدث عنه القتل، لم يقتص منه)، شرح المختصر ٥/ ٤٣٠، ٤٣١.

(١) وأكّد القدوري في مختصره ذلك: (وفي اللحية إذا حُلِقت فلم تنبت: الدية، وفي شعر الرأس: الدية)، ص٤٥٠.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص٤٥١.

(٣) في م (ضوءها)، وفي المختصر (نظرها) ص٢٤٤.

(٤) مختصر الطحاوي ص٢٤٤.

(٥) انظر: الأصل ٦/ ٥٤٩، ٥٥٠.

(٦) وقورت: (من قَوَّر الشيء تقويراً: قطع من وسطه خرقـًا مستديراً)، ومنه قار فلانـًا: فقأ عينه. انظر: المغرب؛ المعجم الوسيط (قور).

و(بخست العين بخسًا فقأتها ... وقال الأعرابي: بخستها وبخصتها: خسفتها، والصاد أجود). المصباح (بخس).

(وانخسفت العين: غابت حَدقتها في الرأس ..) كما في المغرب (خسف).

لم [يقورها](١) ولم تنخسف، وجب القصاص، والقصاص ما ذكرنا، ولا تقتصّ العين اليمنىٰ بالعين اليسرىٰ، ولا اليسرىٰ باليمنىٰ، كما في اليد والرجل.

[القِصَاصُ فِي الأَصَابعِ]

وفي الأصبع القصاص إذا قطعت من المَفْصِل، ويقطع إبهام اليمنىٰ بإبهام اليمنىٰ، والسَّبَّابة بالسَّبَّابة، والوسطىٰ بالوسطىٰ، والخُنْصُر بالخُنْصَر، كما في اليد والرجل، ولو قطع منه مفصلاً يجب القصاص، ولو قطع رجل المفصل الثاني ويد القاطع صحيحة، فإن عليه [ثُلُث الألف]، لا ينقص من ذلك شيء لضعفه، وإن كانت أصبع القاتل مقطوعة المفصل الأعلىٰ، يجري القصاص(٢).

والأصل فيه: أن كل شيء من هذا، كان أرشه معلومًا، وقطعه إنسان عمدًا، فإن فيه القصاص إذا كان القاطع حاله في يده، وأصبعه مثل حال المقطوع.

[مَا لاَ قِصَاصَ فِيْهِ]

وكل شيء ليس فيه أرش معلوم، وإنما فيه حكومة عدل(٣)، قطعه رجل من

---

(١) في أ في الموضعين (ضوءها) والمثبت من ج، م.
(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٣٦.
(٣) وقد أجمل ذلك أبو الليث وقال: (اثنان وعشرون شيئًا يجب فيها حكومة عدل: الحارضة، والدامغة، والدامية، والباضعة، والمتلاحمة، والسملاق، والسمحاق، وذَكَرَ الخَصِيّ، وذَكَر العِنِّين، وذكر الصبيّ لم يتكلم بعد، وعين الصبي الذي لم يتحرك بعد، ومقطوع الحشفة، ولسان الأخرس، ولسان الصبيّ لم يتكلم بعد، وعين الصبي الذي لم يعرف بصره، والعين القائمة الذاهب منها نورها، وما دون الموضحة، وبالسنِّ السوداء، واليد الشَّلاَّء، والرجل الشَّلاَّء، والأصابع الزائدة، وقطع الكف من نصف الساعد.

ففي الكف نصف الدية، وفي الساعد حكومة عدل، وإن قطع اليد من المرفق، ففي الكف دية اليد، وفي المرفق حكومة عدل.

وإن قطع اليد من العضد، ففي الكف دية اليد، وفي العضد حكومة عدل)، خزانة =

رجل، والقاطع على مثل حاله، فلا قصاص فيه عندنا: كرجل أقطع اليد اليمنىٰ، قطع من رجل مقطوع اليمنىٰ ساعده من المفصل، فإنه لا قصاص بينهما؛ لأن الساعد ليس فيه أرش مقدر، وإنما تجب حكومة عدل، وفي قول زفر: يجب القصاص إذا كانا سواء.

وإن كانت يد المقطوعة يده [أقلهما] شلاّء، كان بالخيار: إن شاء قطع يد القاطع وهي أنقصهما [قطع]، وإن شاء ضمّنه الأرش، وإن كانت يد المقطوعة يده أكثرهما شلّاء، فلا قصاص،/ وله أرش يده. [٢٦٠/أ]

ولو أن رجلاً كان في يده أصبع زائدة، فقطعها رجل عمدًا، و في يد القاطع أصبع زائدة مثلها، فلا قصاص بينهما، وفيها حكومة عدل، هكذا روىٰ أبو يوسف عن أبي حنيفة، ولو قطع تلك الأصبع الزائدة، فلا قصاص بينهما أيضًا رواه أبو يوسف عن أبي حنيفة، ألا ترىٰ أنه لو كان به [ثؤْلُول][1] فقطعه رجل، وبه مثل ذلك، أنه لا يقتص منه، وذكر محمد في الأصل: إذا قطع رجل من كف رجل أصبعًا زائدة، فلا قصاص فيها، وتجب حكومة عدل.

وإن قطع الكَفَّ كلها، إن كانت الأصبع تُوْهِنُ الكَفَّ وتنقصه، فلا قصاص فيه، وتجب حكومة عدل، وإن كانت الأصبع لا تنقصه ولا توهنه، ففيها القصاص.

وفي [الأهداب][2] إذا لم ينبت، لا قصاص؛ لأنه شعر، ولا قصاص في الشعر.

= الفقه ص٢٩٣، ٢٩٤.

(١) غير مقروءة في أ، م، والمقاربة من ج.

(والثُّؤْلُول: خراج يكون بجسد الإنسان، له نتوء وصلابة واستدارة). المغرب (ثأل).

(٢) في أ (العِذارُ) والمثبت من م، الأهداب من الهُدْب، (وهُدْب العين، ما نبت من الشَّعْر على أشفارها)، المصباح (هدب).

والعِذَار من (عِذار اللحية: الشعر النازل على اللحيين). المصباح (عذر). =

[القِصَاصُ في اللِّسَانِ والذَّكَرِ والأَنْفِ]

ولو قطع اللِّسَان أو قطع بعضه، لا قصاص بالإجماع، وإن قطع كله، ذكر الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد: في قول أبي يوسف: في اللسان، وفي الذَّكَر، وفي الأنف إذا استوعب كل واحد منها، القصاص، وفي قول محمد: لا قصاص في الجميع وإن استوعب الكل، وروي عن أبي حنيفة في اللسان: أن لا قصاص فيه وإن استوعبه كله، كما قال محمد، وفي الذكر: إن قطع من أصله، يجب القصاص، كما قال أبو يوسف، وأجمع أصحابنا: أن في الحشفة والمارن القصاص[١]، ولو قطع بعضها لا قصاص فيه، ولو قطع الكل، فعلى الاختلاف الذي ذكرنا.

[القصاص في السِّنِّ]

وفي السِّنِّ القصاص: الثَّنِيَّةُ بالثَّنِيَّةِ، والنَّابُ بالنَّاب، والضِّرْس بالضِّرْس، ولا يؤخذ الأعلىٰ بالأسفل، ولا الأسفل بالأعلىٰ، ولو كسرت أو نزعت من أصلها يجب القصاص على الجاني، وإن كسر بعضها ثم اسْوَدَّت البقية لما كسر بعضها، أو احْمَرَّت، أو اخْضَرَّت، أو دخلها عيبٌ بوجه من الوجوه، فلا قصاص في قولهم جميعًا، ويجب الأرش في ماله، ولا قصاص في السن الزائدة، وإنما تجب حكومة عدل، ولا تؤخذ السن المكسورة بالسِّنِّ الصحيحة[٢].

ولم يذكر حكومة ثدي المرأة، أنه هل يجب فيه القصاص، أم لا؟ ولم يذكر حكومة الأنثيين في وجوب القصاص فيهما[٣].

= وفي الأصل: (وفي أشفار العينين الدية كاملة إذا لم تنبت) ٦/ ٥٥٠، وقال: (في اللحية إذا حلقت فلم تنبت: ففيه الدية كاملة). ٦/ ٥٤٩.

(١) انظر: الأصل ٦/ ٥٥١؛ القدوري ص٤٤٥.

(٢) سبق الحديث عن السِّنِّ في أماكن متفرقة، انظر: مختصر الطحاوي ص٢٤١.

(٣) انظر: الأصل ٦/ ٥٧٢ وما بعدها؛ مختصر الطحاوي ص٢٤٢.

ولا قصاص في اللَّطْمة، ولا في اللَّكْزة(١)، ولا في الوِجَاء، ولا في الدَّفعة، ولا قصاص في العظام كلها إلا في السِّنِّ، ولا قصاص في لحم الفخذ، ولحم السّاق، ولحم العضد، والساعد، والألية، وفيه حكومة عدل، وكذلك لا قصاص في لحم الخدين، ولا في البطن إذا قطع بعضه، ولا في الذقن، ولا في جلدة الرأس، ولا في جلد من الجسد، عمدًا كان أو خطأً(٢).

[إلقاء جنين ميت بسبب ضرب بطن حامل]

قال: ولو ضرب بطن امرأة حامل، فألقت جنينًا ميتًا، فإنه لا شيء فيه في القياس؛ لأنه لا يَتيَقَّن بحياته، وفي الاستحسان: يجب فيه خمسمائة درهم، سواء كان ذكرًا أو أنثىٰ، بعدما استبان خَلْقه، أو بعض خلقه؛ لِمَا روي: (أن امرأة ضربت بطن ضرتها بعمود مسطح، فألقت جنينًا ميتًا، واختصما إلى رسول الله صلىٰ الله عليه وسلم، فحكم على عاقلة الضاربة بالغُرَّة: عبدًا أو أمة، قيمتها خمسمائة)(٣)، ولم يستفسر أنه كان ذكراً أو أنثىٰ، فدل [على] أن الحكم لا يختلف، وخمسمائة هي نصف عشر الدية في الرجل، وعشر الدية في المرأة، وهذا في جنين هو حر، وهو أن تكون المرأة حرة، أو كانت أمة عَلِقَتْ من سيدها، أو علقت من مغرور، فيكون

---

(١) (اللكزه لكزاً: ضربه بجُمْع كفه في صدره، وربما أطلق على جميع البدن)، كما في المصباح (لكز).

والوِجَاء بالكسر والمد: (وذلك إذا ضربته بسكين ونحوه، في أي موضع كان، ويطلق على الوِجاء أيضـاً على رضّ عروق البيضتين، حتى تنفَضِخا من غير إخراج، فيكون شبيهـاً بالخِصاء)، المصباح (وجأ).

(٢) انظر: خزانة الفقه ص٢٩٦.

(٣) الحديث أخرجه البخاري من حديث أبي هريرة (٥٤٢٧) ومواضع؛ ومسلم (١٦٨٩) وليس فيه ذكر الخمسمائة؛ إلا ما ذكره الترمذي بقوله: (وقال بعضهم: أو خمسمائة) (١٤١٠). انظر: نصب الراية ٤/ ٣٨١ وما بعدها.

الولد حرًا، فيجب ما ذكرنا، ويكون ميراثًا عن الولد، ولا يكون للأم خاصة[١]، وعند مالك: يكون للأم[٢].

ولو كان الضارب وارثًا، لا يرث، ولا تجب الكفارة عندنا، وعند الشافعي: تجب الكفارة، هذا إذا خرج ميتًا[٣]، ولو خرج حيًا ثم مات من ذلك الضرب، تجب الدية / كاملة، وتجب الكفارة. [٢٦٠/ب]

ولو ماتت الأم ثم خرج الولد، تجب دية الأم وحدها، ولا يجب في الولد شيء، ولو خرج الولد حيًا ثم مات، تجب ديتان، فيرث الولد من دية الأم؛ لأنه مات بعدها، والأم لا ترث من دية الولد؛ لأنها ماتت قبله، ولو [كان] خرج الولد حيًا ثم مات، ثم ماتت الأم، تجب ديتان، وترث الأم من دية الولد[٤].

ولو ألقت جنينين، تجب [غُرَّتان][٥]، وإن كان أحدهما حيًا ثم مات، والآخر خرج ميتًا، تجب غرة ودية، وعلى الضارب الكفارة، فإن ماتت الأم ثم خرج الجنينان، تجب دية الأم وحدها، إلا إذا خرجا [حَيَّيْن][٦] ثم ماتا، تجب ثلاث ديات، فاعتبر على هذا القياس، هذا كله إذا كان الجنين حرًا.

وأما إذا كان الجنين رقيقًا، فإن كان ذكرًا، يجب نصف عشر قيمته، وإن كانت أنثىٰ، تجب عشر قيمتها، وروي عن بي يوسف أنه قال: لا يجب شيء إلا نقصان الأم، كما في جنين البهائم، وجنين المسلمة، والكفارة في ذلك سواء.

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٤٣.

(٢) بل ذكر ابن جزي قول مالك مع أبي حنيفة والشافعي، ونسب ما ذكره المؤلف لربيعة، فقال: (وهي موروثة عن الجنين على الفرائض عند الثلاثة، وقال ربيعة: تكون لأمِّهِ خاصَّة). قوانين الأحكام الشرعية ص٣٧٦؛ انظر: المعونة ٣/ ١٣٥٨.

(٣) انظر: مختصر المزني ص ٢٥٠؛ المنهاج ص ٤٩٤.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٤٣؛ شرح مختصر الطحاوي ٦/ ١٨، ١٩.

(٥) في أ (ديتان) والمثبت من ج، م.

(٦) في أ، ج (جنينين) والمثبت من م.

[الجِنَايَةُ عَلَىٰ الجَنِيْنِ]

قال: (**وكل جناية جنيت على مولود، من فقءِ عين، أو قطع يد، ففيها حكومة عدل، إلا أن تعلم سلامة عينه وصحة بصره، وسلامة ما قطع من أعضائه، فيجب فيها ما يجب في الكبير**)[١]؛ لأنه إذا لم يعلم سلامته، كان حكمه حكم اليد الشلاء، وفي اليد الشلاء حكومة عدل، وكذلك لسان الطفل الذي لم يتكلم بعد.

وأما إذا علم سلامة أعضائه من تحريك وغيره، فإنه يجب فيه ما يجب في الكبير، وكذلك ذَكَر الطفل، يجب فيه الدية كاملة[٢].

[تحرك سِنٍّ بسبب ضرب]

قال: وإذا ضرب رجل على سِنِّ رجل فتحركت، فإنه يستأنىٰ حولاً[٣]، فإن لم تسقط، فلا شيء فيه على الضارب، وروي عن أبي يوسف أنه قال: يجب فيه حكومة الألم، أي: أجر العلاج وأجر الطبيب، وإنما يستأنىٰ؛ لأن في الجنايات يعتبر مآلها لا حالها، ألا ترىٰ أنه لو جرح رجلاً، فإنه لا يعتبر الحال، ولكن ينتظر: إن سرىٰ إلى النفس، جعل قاتلاً، وإن لم يسر إلى النفس، جعل جارحًا.

ثم إذا تحرَّكت وسقطت من ذلك، وإن كان خطأً تجب خمسمائة على العاقلة، وإن كان عمدًا، يقتص، فإن قال الضارب: سقطت لا بضربتي، وقال المضروب: إنما سقطت من ضربتك، فالقياس: أن يكون القول: قول الضارب، وفي الاستحسان: القول قول المضروب[٤].

---

(١) مختصر الطحاوي ص ٢٤٤؛ المبسوط ٢٦/ ٩٨.

(٢) انظر: شرح المختصر ٦/ ٢٤.

(٣) قال الجصاص: (وقد روي ذلك عن جماعة من السلف.

ويدل عليه: ما روي عن النبي صلىٰ الله عليه وسلم: (أنه نهىٰ أن يُستقاد من الجراح حتى تبرأ))، شرح المختصر ٦/ ٢٥.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٤٥.

[اخْتِلَافُ الضَّارِبِ والمَضْرُوبِ في الجِنَايَةِ]

وبمثله لو أن رجلاً أوضح رجلاً مُوْضِحَةً، فصارت مُنَقِّلَة، فاختلفا في ذلك، فقال المجنى عليه: صارت منقلة بضربتك، فعليك أرش المنقلة. وقال الجاني: لا بل صارت منقلة بضربة أخرىٰ حدثت، فالقول: قول المجني عليه في القياس، يعني: قياسًا على السِّنِّ، إلاَّ أنه في الاستحسان: القول قول الجاني، هكذا قال محمد في الأصل: أستحسن في السن لورود(١) الأثر فيها، [والأثر] عن إبراهيم النخعي(٢)، والفرق بينهما من جهة المعنىٰ: أن يقول: السن تحركت بجناية، والتحرك دليل السقوط، [فسبب السقوط](٣) قد ظهر، فكان القول: قول المجني عليه، وليس كذلك الموضحة، فإنها لا تولد المنقلة، وكذلك اختلفا في الحكم، ولو لم تسقط، ولكنه اسْوَدَّتْ، فإنه يجب الأرش في الخطأ على العاقلة، وفي العمد في ماله، ولا يجب القصاص؛ لأنه لا يمكن أن يضرب ضربًا يولد الإِسْوِدَاد، والمماثلة فيما دون النفس معتبرة، ولم توجد، وكذلك إذا كسر من السِّنِّ بعضه، فاسْوَدَّ الباقي، لا قصاص للمعنىٰ الذي ذكرنا، ولو لم يسود، ولكنه اخْضَرَّ، أو احْمَرَّ، فكذلك الجواب.

وأما إذا اصْفَرَّ، ففي قول أبي حنيفة رحمه الله: إن كان حُرًّا، فلا شيء عليه، وإن كان عبدًا، ففيه حكومة عدل، وفي قولهما: تجب حكومة عدل، الحر والعبد في ذلك / سواء، وفي قول زفر: يجب عقلها تامًا، كالاسوداد، روىٰ الكرخي عن أبي [٢٦١/أ] يوسف أنه قال: إذا كسرت الصفرة حتى صارت عيبًا كعيب الخضرة والحمرة، ففيها عَقْلَهَا تامًا.

(١) انظر: الأصل ٦/ ٥٤٩.
(٢) في م (عن ابن تميم).
(٣) غير مقروءة في أ، وفي ج (سبيله) والمثبت من م.

ولو قلع سن رجل، فنبتت أخرى، فلا شيء على القالع(١)، وروي عن أبي يوسف أنه قال: تجب حكومة الألم، وإن نبتت معوجًا، تجب الحكومة بالإجماع، وإن نبتت سوداء، تجعل كأنها لم تنبت، فيجب الأرش.

ولو قلع سنه [فأثبتت](٢) المقلوعة سنه [في] مكانها، [فثبتت].

أو قطع [أذنه فأعادها إلى مكانها، فالتأمت، فإنه يجب الأرش كاملا(٣)، ولو قطع ظفره، إن نبت كما] كان، فلا شيء عليه، وإن لم ينبت ففيه حكومة عدل، وإن نبت متغيرًا(٤)، ففيه حكومة عدل، وما دون ذلك فليس فيه أرش مقدر، ولا قصاص فيه(٥).

[الشَّجَّةُ كانت مُوْضِحَةً فتَنَاثَرَ شَعْرُه مِنْ رَأْسِهِ]

قال: وإذا شَجَّ رجل رجلاً مُوْضِحَةً، فتناثر شعره من رأسه، فإنه تجب الدية عشرة آلاف درهم على العاقلة في الخطأ، وفي العمد في ماله، ولا قصاص؛ لأنه لا يمكنه أن يضرب ضربًا يتناثر شعر رأسه لا محالة، فلا [يمكن](٦) الاستفياء على المماثلة، فيسقط القصاص وتجب الدية، فيدخل أرش الموضحة فيها؛ لأن الجناية حصلت في عضو واحد بفعل واحد(٧).

---

(١) وذلك لأن الأرش إنما يجب للأثر، ولا أثر هناك)، شرح المختصر ٦/ ٢٥.
(٢) في الأصل (فأنبتت)، والمثبت من الشرح ٦/ ٢٨.
(٣) وذلك لأن السِّنَّ إذا أثبتت في مكانها، لم تثبت، ولم تتصل بالعروق والأعصاب، فهو بمنزلة لو أخذ قطعة عظم، فوضعها في موضع السِّنِّ، فلا يسقط أرشها، وكذلك الأُذُن)، شرح مختصر الطحاوي ٦/ ٢٩.
(٤) في م (صغيرًا).
(٥) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٦/ ٢٥ - ٢٨.
(٦) في أ، ج (يملك) والمثبت من م.
(٧) (وذلك لأن الرأس كله عضو واحد، والدية واجبة لأجل التأثير، لا للألم، والدليل عليه: =

[تداخل الأرش في الدِّيَة]

وكذلك لو شجّه موضحة، فذهب عقله، تجب الدية، ويدخل أرش الموضحة في ذلك على ما ذكرناه[١].

ولو تناثر بعض شعر [رأسه]، فإنه ينظر إلى أرش الموضحة، وحكومة العدل في الشعر: فإن كانا سواء، يجب أرش الموضحة، وإن كان أحدهما أكثر، دخل الأقل في الأكثر.

ولو شجّه فذهب سمعه، ففي ظاهر الرواية: لا [يدخل أحدهما في الآخر، وروي عن أبي يوسف أنه قال][٢]: يدخل أرش الموضحة في دية السمع.

ولو شجَّه موضحة فذهب بصره، يجب أرش الموضحة ودية البصر، سواء كان عمدًا أو خطأً، ولا يجب القصاص عند أبي حنيفة، وقالا: في العمد يقتص في الموضحة، وتجب دية البصر[٣].

[قَطْعُ أُصْبُعٍ عمداً فشُلَّت الأخرىٰ]

وكذلك لو قطع أصبع رجل عمدًا فشَلَّت الأصبع الأخرىٰ، يجب أرشهما جميعًا، ولا يجب القصاص عند أبي حنيفة[٤]، وعندهما: يجب القصاص في

= أن الموضحة لو اندملت، ونبت عليها الشعر، حتى لم يبق لها أثر، لم يجب فيها أرش، فلما صار الأثر في جميع الرأس، وهو عضو واحد، دخل أرش الموضحة في الدية؛ لأنه قد ضمن أرش جميع الشعر، فما قد ضمن من تأثير الموضحة من وجه، لا يجوز أن يضمنه من وجه آخر)، شرح مختصر الطحاوي ٦/ ٢٩، ٣٠.

(١) (وذلك لأن العقل ليس بعضو من البدن، بل هو كالنفس، فلو أن الموضحة صارت نفساً، لدخلت فيها، كذلك في العقل)، شرح المختصر ٦/ ٣٠.

(٢) ما بين المعقوفتين زيدت من م.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٤٥؛ شرح المختصر ٦/ ٣٠.

(٤) (وذلك لأن هذه جناية واحدة، قد وجب بها مال، فلا يجب بها قصاص)، شرح المختصر =

المقطوعة، وأرش الأصبع الشَّلاَّء(١)، ولو قطع من أصبع مِفْصلاً واحدًا، فشَلَّ الباقي من الأصابع أو الكف، لا يجب القصاص، ولكن تجب الدية فيما شَلَّ منه، إن كانت أصبعًا [فدية الأصبع](٢)، وإن كان كَفًّا فدية اليد، وهذا في قولهم جميعًا.

ولو قطع أصبعًا فسقطت الكَفُّ من المِفْصل، لا قصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وتجب دية اليد، وعند محمد: يجب القصاص مِنه، كأنه قطع من المِفْصل(٣).

[الرمية تؤدي إلى الإفضاء]

قال: وإن رمىٰ إلى امرأة بحَجَرٍ، فأصاب فرجها فأفضاها، والإفضاء: أن يجعل موضع البول وموضع الذكر(٤) واحداً، فهذا لا يخلو: إما أن يكون الإفضاء بالحجر- أو بالأصبع، أو بالذكر، والمرأة لا يخلو: إما أن تكون صغيرة لا تشتهىٰ ولا يجامع مثلها، أو كانت كبيرة يجامع مثلها، أو كانت كبيرة ثيبًا، أو بِكْرًا مُكْرَهَةً، أو [طَائِعَةً](٥)، زوجة كانت أو أجنبية.

أما إذا كانت صغيرة أو أجنبية لا يجامع مثلها، فإن كان الإفضاء بالحجر أو

= ٦/ ٣٢.

(١) (وذهبا في ذلك إلى أن العضوين إذا لم يكن أحدهما تابعـًا للآخر، لم يمنع وجوب المال في أحدهما، من وجوب القصاص في الآخر، وإن حدث من جنايته على الأول)، المصدر السابق نفسه.

(٢) في أ، ج (أصبع) والمثبت من م.

(٣) انظر: المصدر السابق ٢٤٦.

(٤) في م (الدم) والمعنىٰ واحد: جعل مسلكها بالافتضاض واحدًا: مسلكي البول والحيض. وقيل: (مسلك البول ومسلك الغائط، وذلك أن يقطع الوتار بينهما). المغرب (فض).

(٥) في أ (جامعه) والمثبت من م.

بالأصبع، ينظر: إن كانت تستمسك البول، فإنه يجب المهر في ماله؛ لأنه أزال بكارتها، ويجب ثلث الدية؛ لأن هذا بمنزلة الجائفة على العاقلة، وإن كانت لا تستمسك البول، تجب الدية كاملة[(١)]، ويدخل المهر فيها، وتجب على العاقلة، وفي قول محمد: لا يدخل المهر فيها، وكذلك لو أفضاها بالذَّكَر، ولا يجب الحد، وكذلك هذا لو كانت زوجة له، إلا أن المهر لا يدخل في الدية؛ لأنه وجب بالعقد.

وإن كانت صغيرة يجامع مثلها وتشتهى، فإن كان الإفضاء بالحجر أو بالأصبع[(٢)]، فقد ذكرنا، وإن كان / بالذكر والمرأة أجنبية، وكانت مُكْرَهَةً أو طائعة، فلا حَدَّ عليها؛ [٢٦١/ب] لأنها غير مخاطبة، ويجب الحد على الرجل، ولا يجب العُقْر[(٣)]؛ لأن الحَدَّ والعُقْرَ لا يجتمعان؛ ولكن إن كانت [لا] تستمسك البول، يجب كمال الدية، وإن كانت تستمسك البول، يجب ثلث الدية، وإن كانت زوجته، فالمهر لا يسقط.

وأما إذا كانت كبيرة، فإن كان الإفضاء بالحجر أو الأصبع، وكانت ثيبًا، إن كانت تستمسك البول يجب ثلث [الدية]، وإن كانت لا تستمسك (يجب كمال الدية، وإن كانت بِكْرًا يجب المهر مع ثلث الدية إن كانت تستمسك، وإن كانت لا تستمسك)[(٤)]، يدخل المهر في الدية.

وإن كان الإفضاء بالذَّكَر، فإن كانت أجنبية وكانت مُطَاوِعَة، يجب الحَدُّ عليهما، ولا يجب العُقْرُ والأَرْشُ؛ لأنها أذنت بالجناية، فما تَوَلَّدَ منها لا يكون مضمونًا عليه، وإن كانت مُكْرَهَةً، سقط الحد عنها، ويجب الحد على الرجل،

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٤٦؛ (وذلك لأنه قد أبطل عليها منفعة العضو، كقطع الذكر والأنف ونحوهما)، شرح المختصر ٦/ ٣٢.

(٢) في م (والأصبع).

(٣) العُقْر بضم فسكون: (صَدَاق المرأة إذا أتيت بشبهة)، ولم يكن الوطء موجباً للحد. انظر: المغرب (عقر).

(٤) ما بين القوسين ساقطة من م.

ولا يجب العُقْرُ، ولكن يجب الأرش: إما ثلث الدية إذا كانت تستمسك البول، أو كمال الدية إذا كانت لا تستمسك البول، وإن كانت زوجته، إن كانت مطاوعة، لا يجب الأرش، وإن كانت مكرهة، يجب: إما الثلث، [وإما] الكل[١].

[الضَّرْبَةُ أَدَّتْ إلى انْقِطَاعِ الكَلاَمِ أو بَعْضِه]

قال: (**ومن ضرب رجلاً ضربة فانقطع منها كلامه، تجب الدية**)[٢]؛ لأنه أزال المنفعة على الكمال، وإن كان يقدر على بعض الحروف دون البعض، فقد قيل: إنه يقسم الدية على عدد الحروف: وهي ثمانية وعشرون حرفًا، فما قدر عليه من الحروف لا يجب عليه شيء، وما لم يقدر عليه، يجب عليه من الدية بقدره.

قال: (وإذا شجّ رجل رجلاً شَجَّةً واحِدَةً [وهي] تأخذ ما بين قرني[٣] المشجوج، ولا تأخذ ما بين قرني الشَّاجِّ، فإن المشجوج بالخيار: إن شاء أخذ الأرش، وإن شاء اقتص بقدر ذلك، ولا يبلغ من قرن إلى قرن، وإنما كان له الخيار؛ لأنه وجد حقه متغيرًا، فلا يبلغ من قرن إلى قرن؛ لأنه يكون زيادة على حقه، وكذلك لو أوضحه من قِبَلِ الوجه إلى القَفَا، ورأس الشاج أعظم من رأس المشجوج، فهو على ما ذكرنا، وإن كانت تأخذ ما بين قرني الشَّاجِّ ولا تأخذ ما بين قرني المَشْجُوْجِ، كما إذا كان رأس الشَّاج أصغر ورأس المشجوج أعظم، ولو أخذ مقدار ذلك يزيد على رأس المشجوج، فإنه يُخَيَّرُ، ولا يزيد على ما ذكرنا. [والله أعلم بالصواب])[٤].

---

(١) المسألة هذه ذكرها الطحاوي في سطر ونصف، كما شرحها الجصاص مع المتن في أربعة أسطر، ومن ثَمَّ يظهر مدىٰ توسع المؤلف في بسط المسألة وشرحها.

(٢) وتكملتها: (وفي اللسان الدية إذا قطع)، مختصر الطحاوي ص٢٤٦.

(٣) (قَرْنا الرأس: فَوْداه، أي: ناحيتاه، ومنه قوله: (ما بين قَرْني المشجوج)، كما في المغرب (قرن).

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٤٦، ٢٤٧.

بابُ القَسَامَةِ(١)

[وُجُودُ قَتِيْلٍ فِي المِلْكِ وغَيْرِ المِلْك]

قال: وإذا وجد الرجل قتيلًا، فلا يخلو: إما أن يوجد في غير الملك، كالمَفَازة والبَرَارِي، وإما أن يوجد في المِلْكِ، وإذا وجد في الملك، فلا يخلو: إما أن يوجد في مِلْكٍ خاص: كالدار، والخَان، والكَرْمِ ونحو ذلك، أو يوجد في ملك عام: كالمحلة، ومسجد المحلة.

أما إذا وجد في غير الملك، فإن دمه هَدَر، ولا قسامة فيه إذا كان بحال لا يسمع الصوت من مصر من الأمصار، وأما إذا كان [بحال](٢) يسمع، فعلى أقرب القرىٰ إليه.

وكذلك لو وجد في نهر عظيم يجري به الماء، ولا ملك لأحد فيه، فدمه هدر، وقال زفر: يجب على أقرب القرىٰ، كما لو وجد على الدابة وهي تسير، وإن كان مربوطًا على شَطِّ النهر، (إلا أن شط النهر)(٣) ليس بملك لأحد، فدمه هدر إن كان بحال لا يسمع الصوت من مصر من الأمصار، وإن كان بحال يسمع، فعلىٰ أقرب

---

(١) (القَسامة لغة: بمعنىٰ القسم، وهو اليمين مطلقًا.

وشرعًا: اليمين بعدد مخصوص، وسبب مخصوص، على وجه مخصوص). اللباب ٢/ ١٨٤؛ وفي المغرب: (هي الأيمان تقسم على أولياء الدم)(قسم)، وتوضيح ذلك: أنها أيمان مكررة، يحلفها وليّ الدَّم عند وجود قتيل في مَحلَّة لم يعرف قاتله.

ومشروعيتها: الأحاديث الواردة وقضاء عمر رضي الله عنه، وإجماع الصحابة في خلافة عمر بن عبد العزيز. كما في تحفة الفقهاء للسمرقندي ٣/ ١٦٨.

(٢) في أ (بحيث) والمثبت من م.

(٣) ما بين القوسين ساقطة من م.

القرىٰ إليه، وإن كان [هذا] الشط ملكًا: فإن كان ملكًا خاصًا، فهو كالدار، وإن كان ملكًا عامًا، فهو كالمَحَلَّة.

وإن كان في [نهر صغير][1] لقوم معروفين يجري به الماء، أو كان مربوطًا في جانب، فعلىٰ عاقلة أرباب النهر، والنهر / الصغير: ما يقضي فيه بالشفعة للشِّرْبِ. [٢٦٢/أ]

وإذا وجد القتيل في الملك، فإن الملك لا يخلو: إما أن يكون خاصًا، أو عامًا، والملك الخاص لا يخلو: إما أن يكون للصبي، أو للمجنون، أو الذمي، أو المرأة، أو المكاتب، أو العبد، أو المأذون، أو للحر المسلم البالغ العاقل[2].

[وُجُوْدُ القَتِيلِ في دَارِ صَبِيٍّ]

أما إذا وجد في دار الصَّبِيِّ، فلا قسامة على الصَّبِيّ، وكذلك المجنون، وإنما تجب القسامة على عاقلتهما، يجمع خمسون رجلاً، يحلف كل واحد منهم: بالله تعالىٰ ما قتلوا ولا عَلِموا له قاتلًا، ثم تجب الدية على جميع العاقلة، وإن لم يحلفوا أو نكلوا، حُبِسُوا حتى يحلفوا أو يُقِرُّوا عند أبي حنيفة[3]، ولا يقضي عليهم بالنكول بالدية، وعند أبي يوسف ومحمد: يقضي عليهم بالدية، وكان القياس: أن لا تجب القسامة مع الدية؛ لأنهم لمّا حلفوا، فقد قطعوا حقهم، إلاّ أن الشرع ورد بخلاف القياس، وهو ما روي: (أن قتيلاً وجد في محلة، فأوجب

---

(١) في أ (نهر عظيم صغير) والمثبت من م.

(٢) كما أن هيئة القتل، وخروج الدم، وسيلانه من بعض أعضاء الإنسان، دلالة على القتل وترتب القسامة عليه، فقال موضحاً ذلك الفقيه أبو الليث: (ثلاثة أعضاء إذا سال الدم من أحدها: لا يكون قتيلاً، ولا قسامة فيه: الفم، والأنف، والدُّبُر.

عضوان إذا سال الدم من أحدهما: يكون قتيلًا وفيه القسامة: الأُذُن، والعين). خزانة الفقه ص٢٩٧، ٢٩٨.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٤٧.

النبي صلىٰ الله عليه وسلم القسامة والدية)[١]، ولِمَا روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال في مثل هذا: (أما أيمانكم فلحقن دمائكم، وأما الدية فلوجود القتيل بين أظهركم)[٢]، فلهذا وجبت القسامة مع الدية.

وإن وجد في دار الذِّمِّيِّ، فإنه تُكَرَّرُ عليه اليمين خمسون مرة، فإذا حلف تجب الدية في ماله، إلا إذا كانوا يتعاقلون فيما بينهم، فتحمل على العاقلة.

[وُجُوْدُ القَتِيلِ فِي دَارِ امْرَأَةٍ]

وإن وجد القتيل في دار امرأة، فإنه تُكَرَّرُ عليها خمسون يمينًا، فإن نكلت كانت الدية على عاقلتها، ولا يجب عليها شيء، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وذكر الطحاوي قول أبي حنيفة مع محمد، ولم يذكر قوله في الأصل، وقال أبو يوسف أخيرًا: لا قسامة عليها، وإنما تجب القسامة والدية على عاقلتها[٣].

وإن وجد القتيل في دار المكاتَبِ، فإنه تكرر عليه الأيمان، فإن حلف يجب عليه الأقل من قيمته ومن الدية، إلا عشرة دراهم؛ لأن المكاتب عاقلة نفسه، وإن وجد في دار العبد المأذون [له]، فإن القسامة والدية على عاقلة المولىٰ، سواء كان عليه دين أو لا دين عليه في قول أبي حنيفة ومحمد وإحدىٰ الروايتين عن أبي يوسف، وروي عنه رواية أخرىٰ أنه قال: إن كان [عليه] دين يُخَيَّرُ المولىٰ بين الدَّفْع والفِدَاء، فصار كأن العبد قتله خطأً. روىٰ الطحاوي عنه[٤].

---

(١) أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار ١١/ ٥١٤، والحديث أورده الزيلعي في نصب الراية من حديث سعيد بن المسيب، وعزاه لعبد الرزاق في مصنفه، وابن أبي شيبة في مصنفه، والواقدي في المغازي في غزوة خيبر. ٤/ ٣٩٧.

(٢) أثر عمر رضي الله عنه، رواه البيهقي في الكبرىٰ ٨/ ١٢٤؛ وعبد الرزاق في مصنفه ١٠/ ٣٦.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٤٩.

(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٤٨.

[وُجُودُ القَتِيلِ فِي مِلْكٍ خَاصٍّ أو مُشْتَرَكٍ]

ولو وُجِدَ في مِلْكِ رجل مسلم عاقل بالغ، فإنه يحلف خمسين يمينًا، ثم [تحمل][1] الدية على عاقلته.

وإن وجد في ملك مشترك، فإن القسامة على المُلاَّك، وتحمل الدية على عواقلهم بعدد الرؤوس بين المُلاَّك، لا بقدر الأنصباء، وكذلك لو وجد في نهر مشترك بين أقوام، فعلىٰ ما ذكرنا[2].

[وُجُودُ القَتِيلِ فِي مَسْجِدِ المَحَلَّةِ]

وإن وُجِدَ في مَحَلَّة، أو في مسجد المَحَلَّةِ، أو في طريق المحلة، فإن القسامة تجب على أهل المحلة، يجمع منهم خمسون رجلاً، فيحلفون: بالله تعالىٰ ما قتلنا ولا عَلِمْنا له قاتلاً، ثم تحمل الدية على جميع أهل المحلة، إلا المرأة، والصبي، والمجنون، والعبد، والمدبر، والمكاتب، فإنهم لا يدخلون فيهم، ويدخل فيهم [الأعمىٰ]، والمحدود في القذف، والكافر، هذا إذا ادَّعَىٰ أولياء القتيل على أهل المحلة، أو على واحد من أهل المحلة بعينه؛ لأن دعواهم على واحد من أهل المحلة، لا يكون إبراءً لهم، فإن أقاموا بينة على دعواهم، يقضىٰ بها، ويجب القصاص في العمد، أو الدية في الخطأ، ولا يقبل عليه شهادة أهل المحلة على واحد منهم بالاتفاق، فإن لم تقم البينة، يحلف هذا المُدَّعىٰ عليه وسائر أهل المحلة، حتى يكمل خمسون رجلاً.

وإن ادَّعَوا على رجل من غير هذه المحلة، فقد أبرأوا أهل المحلة عن
[٢٦٢/ب] الدعوىٰ، فإن أقاموا / بينة، وإلا يحلف، فإن حلف برئ، وإن نكل حبس حتى يحلف أو يقر في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: يقضي بالدية، ولا تقبل عليه شهادة أهل المحلة عند أبي حنيفة، وعلى قولهما: تقبل؛ لأنهم أبرأوهم عن الدعوىٰ، هذا

---

(١) في أ (بجعل) والمثبت من م.

(٢) انظر: خزانة الفقه ص٢٩٦.

إذا ادعىٰ أولياء القتيل على رجل من غير أهل تلك المحلة، أو من تلك المحلة.

وإن لم يَدَّعِ أولياؤه(١)، ولكن ادعىٰ أهل المحلة على رجل منهم، أو من غيرهم، فإنه يَصِحُّ دعواهم، فإن أقاموا البينة على ذلك الرجل، يجب عليه القصاص في العمد، والدية في الخطأ إذا وافقهم الأولياء في الدعوىٰ، وإن لم يَدَّعِ الأولياء على ذلك الرجل، فلا يجب على ذلك الرجل شيء؛ لأن الأولياء [في الدعوىٰ] أبرأوه حيث أنكروا قتله، ولا يجب على أهل المحلة شيء؛ لأنهم أثبتوا القتل على غيرهم، وإن لم تقم لهم البينة، وحلف ذلك الرجل، فإن القسامة تجب على أهل المحلة، فيحلفون: بالله تعالىٰ ما قتلوا ولا علموا(٢) له قاتلاً غير فلان، في قول أبي حنيفة ومحمد، وفي قول أبي يوسف: يحلفون: بالله تعالىٰ ما قتلنا، ويرفع عنهم: ما(٣) علمنا له قاتلاً.

ولو وَجَدَ الرجلُ قتيلاً في دار نفسه، في قول أبي حنيفة: تجب ديته على عاقلته، وفي قول أبي يوسف ومحمد: دمه هدر، ولو وجد المكاتب في دار نفسه قتيلاً، فدمه هدر بالإجماع(٤).

[وجودُ القَتِيل فِي المَسْجِدِ الجَامِعِ]

ولو وَجَدَ الرَّجلُ قتيلاً في المسجد الجامع، فالدِّيَة على بيت المال، وتؤخذ في ثلاث سنين، ولا قسامة فيه، ولو وجد في سوق المسلمين، فالدية على بيت المال، وليس فيه قسامة، هكذا ذكر محمد في الأصل، وهكذا ذكر الطحاوي أيضًا(٥)، وفَسَّره الكرخي فقال: إنما تكون الدية على بيت المال إذا وجد في السوق الذي هو للإمام ولجماعة المسلمين، فأما إذا كان مِلْكًا خاصًا، فيجب على أربابها القسامة، وعلى عاقلتهم الدية.

---

(١) في م (هو).
(٢) في م (ما قتلنا ولا علمنا).
(٣) في م (ولا).
(٤) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٤٩؛ خزانة الفقه ص٢٩٧.
(٥) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٤٧؛ شرح المختصر ٦/ ٥٣.

[وُجُودُ القَتِيلِ فِي دَارِ الوَقْفِ]

ولو وجد في دار الوقف أو في الأرض الموقوفة، فإن كان الأرباب معلومين، فالقسامة والدية على الأرباب، وإن كان الوقف على المسجد، فهو كما لو وجد في المسجد، فتجب على أهل المحلة القسامة والدية، وإن كان في المحلة أصحاب الخِطَّة[١]، والمشترون، والسُّكَّان، فإن القسامة والدية على أصحاب الخِطَّة[٢].

فإن لم يكن هناك أصحاب الخِطَّة، فحينئذٍ تجب على المُلاَّك على عدد القبائل، لا على عدد الرؤوس إذا كانوا قبائل شتّىٰ، دون السكان في قول أبي حنيفة ومحمد، وأما على قول أبي يوسف: فأصحاب الخطة والمُلاَّك والسُّكَّان [في ذلك] سواء.

وإن كان في المحلة سُكَّان دون المُلاَّك، فعلىٰ قول أبي يوسف: يجب على السكان دون الملاك؛ لأن القسامة لتهمة القتل، وإنما يُتَّهم السكان دون الملاك، وعلى قول أبي حنيفة: يجب على المُلاَّك دون السكان[٣].

وأجمعوا: أنه إذا وُجِدَ في السفينة، تجب على من كان في السفينة: المالك وغيره سواء، وكذلك العجلة والدابة، ولا يشبه هذا الدور والأراضي؛ لأن هذه تنقل من موضع إلى موضع، فالقسامة والدية على من كان في يده، كأنه في عنقه، وهذا كله إذا وجد الرجل قتيلاً، وبه أثر القتل، وأما إذا وجد ميتًا وليس به أثر القتل

---

(١) الخِطَّة بكسر الخاء: الأرض يحددها الشخص بعلامات؛ لتعلم أنه قد اختارها لنفسه، فتكون الخِطّة: (المكان المختطَ لبناء دار وغير ذلك من العمارات، وقولهم: مسجد الخطة، يراد به: ما خطّه الإمام حين فتح البلدة وقسمها بين الغانمين)، كما في المغرب (خطّ).

(٢) (وذلك لأن أهل الخِطة قد ثبت لهم اختصاص وولاية في الموضع دون الناس كلهم، بإحيائهم إياه، وإخطاطهم له، فكانوا أولىٰ بالعقل قبل ملك المشترين، فلا ينتقل هذا الحق عنهم ما بقي منهم أحد)، شرح المختصر ٦/ ٥١.

(٣) قال الطحاوي في المختصر: (والقسامة على أهل الخطة، لا على السكان، ولا على المشترين، إلّا أن لا يبقىٰ أحد من أهل الخطة، فتكون القسامة والدية على الذين تحوّل ملكها إليهم، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما، وبه نأخذ)، ص٢٤٧.

كالجرح وغيره، فإنه لا شيء[١] فيه؛ لأنه يجوز أن يكون مات حتف أنفه.

[القسامة إذا وُجِد بعض البدن]

وكذلك لو وجد بعض البدن كاليد والرجل، أو وجد أقل من النصف، فإنه لا قسامة فيه ولا دية، وإن وجد أكثر من النصف (تجب القسامة والدية، وإن وجد النصف، إن كان النصف)[٢] الذي فيه الرأس تجب، وإلا فلا، وإن/ كان النصف [٢٦٣/أ] مشقوقًا طولاً، فإنه لا شيء فيه[٣].

[وجود القتيل على دابة في محلة]

ولو وجد الرجل قتيلاً على دابة في محلة، فإن كان مع الدابة رجل يسوقها أو يقودها، أو كان راكبًا عليها، أو كان الرجل يحمله على ظهرها، فالقسامة والدية عليه[٤]، وإن لم يكن مع الدابة أحد، فتجب القسامة والدية أهل المحلة.

[الإصابة بسهم أو حجر في محلة]

ولو [مَرّ][٥] رجل في محلة، [فأصابه] سهم أو حجر، ولا يدرىٰ من أي موضع أصابه، فإن مات من تلك الجراحة، فعلىٰ أهل المحلة القسامة والدية، وإن كان صحيحًا يذهب ويجيء، فلا شيء فيه.

[ولو وجد دابة مقتولة في محلة، فلا شيء فيها][٦].

---

(١) في م (فإنه لا يقضى فيه).

(٢) ما بين القوسين سقطت من م.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٤٨؛ شرح المختصر ٦/ ٥٥.

(٤) (وذلك لأن الدابة إذا كانت في يده، فهو أحق بها من غيره، فكأن القتيل في يده)، شرح المختصر ٦/ ٦٢.

(٥) في أ، ج (رمىٰ) والمثبت من م.

(٦) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ، وزيدت من م.

[القسامة في العبيد]

ولو وجد عبدٌ قتيلاً في محلة، فإنه تجب القسامة [والقيمة][1] علىٰ العاقلة على قول أبي حنيفة ومحمد، وعلى قول أبي يوسف: لا شيء فيه، كالبهيمة سواء، وإذا وجد بين القريتين أو بين السِّكَّتَيْن، فإن القسامة والدية تجب على أقربهما،، إن كانتا في القرب سواء، تجب عليهما.

ولو لم يكن في المحلة التي وجد القتيل بين أظهرهم خمسون رجلاً، تكرر عليهم الأيمان حتى تكمل خمسون يميناً. [والله سبحانه وتعالىٰ أعلم][2].

(١) في أ، ج (الدية) والمثبت من م.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ص ٢٤٨؛ شرح المختصر ٦/ ٥٦.

فهرس الموضوعات